

Akutt plassering av barn utenfor hjemmet

Er et vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd i strid med retten til familieliv i Den europeiske menneskerettskonvensjonen?

Kandidatnummer: 212

Antall ord: 14148



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning	3
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	3
1.2 Rettskildebildet	4
1.3 Oppgaven videre	5
2 Overordnet om barnevernloven	6
2.1 Generelt.....	6
2.2 To av de styrende prinsippene bak barnevernloven.....	6
2.2.1 Prinsipper som står i et spenningsforhold til hverandre.....	6
2.2.2 Hensynet til barnets beste	6
2.2.3 Det biologiske prinsipp	8
2.3 Kort om barnevernlovens tiltakshjemler.....	9
2.3.1 Fellestrekk ved bestemmelsene som hjemler tiltak rettet mot foreldre	9
2.3.2 Omsorgsovertakelse etter § 4-12	9
2.3.3 Samværsrett etter § 4-19	10
2.3.4 Adopsjon og fratakelse av foreldreansvar etter § 4-20	10
2.3.5 Akuttplassering etter barnevernloven § 4-6 andre ledd	11
3 Nærmere om vilkårene for akuttplassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd	12
3.1 Historisk bakteppe for barnevernloven § 4-6 andre ledd.....	12
3.2 De materielle vilkårene for akuttplassering av barn utenfor hjemmet.....	13
3.2.1 Generelt.....	13
3.2.2 Grunnvilkårene etter barnevernloven § 4-6 andre ledd	13
3.2.3 Gjelder forholdsmessighet og det minste inngreps prinsipp som <i>tilleggsvilkår</i> til de øvrige vilkårene i barnevernloven § 4-6 andre ledd?	21
3.2.4 Vedtaket må være til barnets beste	24
3.3 Nærmere om akuttplassering av barn utenfor hjemmet og omsorgsovertakelse	27
3.3.1 Forholdet mellom vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd og vedtak etter § 4-12.....	27
3.3.2 Er akuttplassering av barn utenfor hjemmet i realiteten et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse?	28
3.4 Saksbehandlingskrav ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd	29

3.4.1	Generelle saksbehandlingskrav.....	29
3.4.2	Adgangen til å få fastsettelsesdom for krenkelse av EMK.....	31
4	Retten til familieliv etter EMK artikkel 8.....	33
4.1	Konvensjonens stilling i norsk rett	33
4.2	Retten til familieliv	34
4.2.1	Hovedregelen i artikkel 8 nr. 1	34
4.2.2	Vilkår for inngrep etter artikkel 8 nr. 2.....	35
5	Avslutning.....	45
5.1	Konklusjon.....	45
5.2	Behov for styrket rettssikkerhet?	45
5.3	Et blikk på utviklingen fremover	46
	Litteraturliste.....	47

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Tema for masteroppgaven er akutt plassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd. Bestemmelsen gir barnevernet hjemmel til å plassere et barn utenfor hjemmet, dersom det er fare for at barnet blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet.

Problemstillingen er om et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er i strid med retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8.

Det er interessant fordi et akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd vil oppleves som et særlig inngrep i familielivet. Vedtaket fattes for å beskytte barna, og det er derfor særlig interessant å se på hvordan et slikt vedtak stiller seg i forhold til foreldrenes rett til respekt for familielivet etter EMK artikkel 8. Konvensjonen har etter menneskerettsloven § 2, jf. § 3 forrang ved motstrid med barnevernloven. Dette medfører at dersom et vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet skal være gyldig, må det være i samsvar med de vilkår for inngrep som fremgår konvensjonen.

Det norske barnevernet har den siste tiden vært gjenstand for mye nasjonal og internasjonal kritikk, noe som gjør problemstillingen særlig aktuell. Kritikken knytter seg blant annet til at barnevernet er for aktiv i sin inngripen i forholdet mellom foreldre og barn, og at dette skjer på bekostning av foreldrenes interesser.¹ Etter et lengre opphold i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) sin kommunikasjon av saker mot Norge, har de nå besluttet å se nærmere på hele åtte klagesaker vedrørende norske barnevernstiltak.² Saksomfanget er alvorlig og antyder at det skjer en særlig internasjonal granskning av det norske barnevernet.³ Det er likevel ikke første gang barnevernet er klaget inn for EMD, og blant en rekke saker står *Johansen mot Norge* (1996) igjen som en milepæl. Her ble Norge dømt for krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8 på grunn av fratakelse av mors foreldreansvar og avskjæring av hennes samværsrett med barnet.

¹ Emberland, 2016, s.329

² Berntzrud, 2017, artikkel fra Tv2 nettversjon, og NOU 2016:16, s. 28

³ Emberland, 2016, s.329

1.2 Rettskildebildet

Rettskildebildet rundt barnevernloven § 4-6 andre ledd er snevert. Forarbeidene gir, med unntak av ”fare”-vilkåret, i liten grad uttrykk for hvordan bestemmelsen skal forstås utover ordlyden.

Når det gjelder rettspraksis har ikke Høyesterett, så langt jeg kjenner til, direkte overprøvd gyldigheten av akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd. Det er likevel to dommer hvor Høyesterett foretar en indirekte overprøving av slike vedtak. Hva gjelder underrettspraksis, kjenner jeg til én dom fra Agder lagmannsrett som direkte overprøver gyldigheten av vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, samt noen dommer fra tingretten.

Høyesteretts manglende behandling av vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd medfører at underdomstolspraksis må tillegges noe mer rettskildemessig vekt enn det som følger av ordinær juridisk metode. Dommen fra Agder lagmannsrett ble anket videre til Høyesterett, men ankeutvalget kunne ikke ta stilling til saken ettersom akuttvedtaket da var falt bort.⁴ Med tanke på at akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er midlertidig,⁵ vil den overnevnte slutningen fra Høyesteretts ankeutvalg trolig bli utfallet for de fleste saker vedrørende slike akuttvedtak som behandles av domstolene. Dette tilsier at uttalelsene i dommen fra Agder lagmannsrett må tillegges noe mer rettskildemessig vekt enn det som er vanlig for underrettspraksis.⁶ Uttalelser fra tingretten vekter jeg tilsvarende juridisk litteratur.⁷

Når det gjelder juridisk teori er barnevernloven § 4-6 andre ledd i liten grad grundig behandlet, med unntak av Mons Oppedals analyse. Dette har gjort det noe utfordrende å få frem en bredde i litteraturlisten vedrørende tolkningen av vilkårene i barnevernloven § 4-6 andre ledd.

⁴ HR-2017-253-U

⁵ Barnevernloven § 4-6 fjerde ledd, jf. femte ledd

⁶ Nygaard, 2004, s. 211

⁷ se generelt om dette i Nygaard, 2004, s. 210

1.3 Oppgaven videre

Problemstillingen vil bli besvart ved at jeg i punkt 2 ser overordnet på barnevernloven, herunder hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp, og kort på de tiltakshjemlene i barnevernloven som er rettet mot foreldre. Dette vil danne konteksten for tolkningen av de materielle vilkårene for akutt plassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, som jeg vil foreta i punkt 3.

Deretter kommer jeg til selve kjernen i oppgaven i punkt 4. Her vil jeg, på bakgrunn av tolkningen av de materielle vilkårene i barnevernloven § 4-6 andre ledd, foreta en løpende vurdering av om bestemmelsen strider med retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

Konklusjonen på den overordnede problemstillingen kommer i punkt 5, sammen med noen betraktninger *de lege ferenda* og et blikk på den videre utviklingen.

2 Overordnet om barnevernloven

2.1 Generelt

Det fremgår av barnevernloven § 1-1 at loven skal sikre at barn og unge får nødvendig omsorg og hjelp til rett tid, samt bidra til at de får tryggere oppvekstvilkår. Dette formålet vil være underliggende ved tolkningen av barnevernloven § 4-6 andre ledd, men før jeg foretar en tolkning av bestemmelsen vil jeg se på to av de styrende prinsippene bak barnevernloven samt gi en kort oversikt over de tiltakene i barnevernloven som er rettet mot foreldre.

2.2 To av de styrende prinsippene bak barnevernloven

2.2.1 Prinsipper som står i et spenningsforhold til hverandre

Det er flere grunnleggende hensyn bak barnevernloven, herunder det minste inngreps prinsipp, legalitetsprinsippet, barnets beste og det biologiske prinsipp.⁸ I vurderingen av akutt plassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er særlig hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp styrende, og de to prinsippene står ofte i et spenningsforhold til hverandre. For å kunne forstå dette spenningsforholdet, er det nødvendig å se nærmere på prinsippene.

2.2.2 Hensynet til barnets beste

Det fremgår av Grunnloven at ”barnets beste [skal] være et grunnleggende hensyn” ved handlinger og avgjørelser som berører barn.⁹ I barnevernsloven kommer hensynet til uttrykk ved at det skal ”legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet”.¹⁰ Selv om barnevernloven synes å knytte prinsippet til situasjoner hvor det vurderes å iverksette

⁸ Sandberg, 2003, s. 35

⁹ Grunnloven § 104 andre ledd

¹⁰ Barnevernloven § 4-1 første ledd første punkt

tiltak, må det på bakgrunn av Grunnlovens formulering forstås dithen at det ”... gjelder alle avgjørelser på grunnlag av barnevernloven”.¹¹

Ordlyden i barnevernloven § 4-1 første ledd sammenholdt med Grunnloven § 104 andre ledd, tilsier at hensynet til barnets beste er styrende for hvilke interesser som skal fremmes når barnevernet iverksetter tiltak. Hvilke interesser dette helt konkret er, vil være varierende i tråd med politikk, verdisyn og den konkrete situasjonen.¹²

I punkt 3.2.4 vil det bli redegjort nærmere for hva som ligger i at et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd skal være til barnet beste. Her vil jeg imidlertid se nærmere på den funksjonen prinsippet har som avveiningsnorm i en skjønnsmessig vurdering.

Når en tolker en tiltaksbestemmelse i barnevernloven, kan hensynet til barnets beste være styrende på to måter. For det første knytter det seg til å vurdere hva som er til det beste for barnet ut fra den konkrete situasjonen det befinner seg i, altså ut fra et subjektivt perspektiv.¹³ For det andre må tolkningsresultatet også utgjøre en god regel for barn i lignede situasjoner.¹⁴

Når det kommer til den skjønnsmessige vurderingen, kan hensynet til barnets beste fungere som avveiningsnorm.¹⁵ Dette fremgår blant annet av forarbeidene til barnevernloven, som uttaler at prinsippet skal være en ”rettesnor for vurdering av tiltak”.¹⁶

I vurderingen må hensynet til barnets beste vektes mot andre relevante hensyn, som for eksempel det biologiske prinsipp.¹⁷ I denne avveiningen mot andre hensyn skal det ”legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”.¹⁸ Hva som ligger i dette, kommer jeg tilbake til i punkt 3.2.4.

I vektingen av hensyn, tilsier ordlyden i Grunnloven og barnevernsloven at det skal mye til for å veie opp for hensynet til barnets beste.¹⁹ Dette synes også å være oppfattelsen i juridisk teori.²⁰

¹¹ NOU 2016:16, s. 48 under henvisning til Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3

¹² Sandberg, 2003, s.53

¹³ Aasen, 2008, s.8

¹⁴ Sandberg, 2003, s.54

¹⁵ Sandberg, 2003, s.51

¹⁶ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28 og Sandberg, 2003, s. 59

¹⁷ Sandberg, 2003, s.59-60

¹⁸ Barnevernloven § 4-1 første ledd, andre punkt.

¹⁹ Se Grunnloven § 104 andre ledd, og barnevernloven § 4-1 første ledd

²⁰ se blant annet Sandberg, 2003, s.59-60

Selv om hensynet til barnets beste har avgjørende vekt i den skjønnsmessige vurderingen, kan det ikke alene begrunne iverksettelsen av et tiltak.²¹ Ut fra rettspraksis er det heller ikke tilstrekkelig at et tiltak generelt er til barnets beste, men slike generelle betraktninger vil ”... måtte suppleres med spesifikke og individuelle forhold”.²² Høyesterett anerkjenner imidlertid at ”... det ikke [kan] trekkes noe klart skille mellom generelle erfaringer og individuelle hensyn”, og presiserer at generelle erfaringer vil veie tungt.²³

2.2.3 Det biologiske prinsipp

Det andre grunnleggende prinsippet i barnevernloven er det biologiske prinsipp, det vil si prinsippet om at et barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre.²⁴

”Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna - kanskje problemer av alvorlig karakter - er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak».²⁵

Denne uttalelsen fra barnevernlovens forarbeider viser at det biologiske prinsipp er et grunnleggende hensyn bak loven og virker inn på de vurderingene barnevernet må foreta før de iverksetter tiltak. Uttalelsen viser videre hvordan det biologiske prinsipp ivaretar både foreldrenes og barnas interesser.²⁶

På bakgrunn av prinsippets grunnleggende karakter anses det å være et verdiprinsipp, noe som innebærer at terskelen er høy for at forvaltningen skal kunne gripe inn i forholdet mellom foreldre og deres biologiske barn.²⁷

Det biologiske prinsipp vil, sammen med hensynet til barnets beste, være et viktig moment i barnevernets vurdering av iverksettelse av tiltak.²⁸

I teorien er det omdiskutert hvorvidt hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp er to motstridende hensyn eller ikke.²⁹ Isolert sett tilsier ordlyden i barnevernloven § 4-1 første

²¹ Lindboe, 2012, s. 46.

²² Rt.2001.14, s. 23 og Lindboe, 2012, s.51

²³ Rt.2007.561, avsnitt 50

²⁴ Se blant annet Rt.1982.764, s.770 og Rt.1984.289, s.297

²⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 41

²⁶ Sandberg, 2003, s. 73

²⁷ Sandberg, 2003, s. 68

²⁸ Lindboe, 2012, s.46

²⁹ Se blant annet Lindboe, 2012, s. 47 og Sandberg, 2003, s. 77

ledd at det ikke er særlig rom for å vektlegge det biologiske prinsipp i vurderingen. Som regel anses det imidlertid å være til barnets beste å få vokse opp sammen med sine biologiske foreldre,³⁰ og det biologiske prinsipp kan dermed sies å være en del av hensynet til barnets beste.³¹ Dette tilsier at hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp ikke er to motstridende hensyn, men to hensyn som på ulike måter ivaretar barnets interesser.³² I noen tilfeller vil likevel de to prinsippene kunne trekke i hver sin retning, og i slike tilfeller må hensynet til barnets beste være avgjørende.³³

2.3 Kort om barnevernlovens tiltakshjemler

2.3.1 Fellestrekk ved bestemmelsene som hjemler tiltak rettet mot foreldre

Det er flere bestemmelser i barnevernsloven som hjemler tiltak rettet mot foreldre. Selv om det er tale om ulike tiltak, innehar bestemmelsene noen fellestrekk.

For det første synes lovgiver ved utformingen av inngrepshjemlene å ha tatt hensyn til inngrepets styrke. Dette i form av at desto mer inngripende et vedtak vil være, jo strengere er de materielle vilkårene for iverksettelse av inngrep. For det andre er hensynet til barnets beste et avgjørende hensyn i den skjønnsmessige vurderingen ved alle inngrepshjemlene.

Jeg vil nå se nærmere på hvordan disse fellestrekkene kommer til uttrykk i de enkelte tiltakshjemlene.

2.3.2 Omsorgsovertakelse etter § 4-12

Barnevernet kan overta omsorgen for et barn dersom barnet befinner seg i situasjoner som er beskrevet i barnevernloven § 4-12.³⁴ Omsorgsovertakelse etter § 4-12 er mer langvarig enn ved akuttvedtak etter § 4-6 andre ledd, og har ulike saksbehandlingskrav. Forholdet mellom de to bestemmelsene blir redegjort nærmere for i punkt 3.3.

³⁰ Se blant annet Rt.2006.1308, avsnitt 32

³¹ Sandberg, 2003, s. 77

³² Lindboe, 2012, s. 47

³³ Se over i punkt 2.2.2

³⁴ Kjønstad og Syse, 2015, s. 527

Det fremgår av § 4-12 første ledd bokstav a til d, fire alternative grunnvilkår for omsorgsovertakelse, hvor det viktigste er omsorgsvilkåret i bokstav a.³⁵ Utover de alternative grunnvilkårene, stilles det også krav til at vedtaket må være ”nødvendig” ut fra den situasjon barnet befinner seg i, og at tilfredsstillende forhold ikke kan skapes ved hjelpetiltak.³⁶ Situasjonen må heller ikke kunne avhjelpest av de mindre inngripende tiltakene som fremgår av barnevernloven §§ 4-10 og 4-11.³⁷ Videre må et slikt vedtak være til barnets beste.³⁸

Det kan også treffes vedtak om omsorgsovertakelse av et nyfødt barn før det er flyttet hjem til foreldrene, dersom det er fare for at hjemflytting vil føre til en situasjon som oppfyller vilkårene i § 4-12.³⁹

2.3.3 Samværsrett etter § 4-19

Et vedtak om omsorgsovertakelse skal ikke bryte kontakten mellom foreldre og barn, og det foreligger derfor en lovregulert rett til samvær i barnevernloven § 4-19 første ledd.⁴⁰

Bestemmelsen gir fylkesnemnda rett til å regulere omfanget av samværet, samt i noen tilfeller bestemme at det ikke skal være noe samvær mellom foreldre og barn.⁴¹ Det styrende for vurderingen er hensynet til barnets beste.⁴² Foreldrene kan dermed ikke selv regulere samværsretten, og tiltaket kan følgelig oppleves som et tvangsmessig inngrep for mange av dem.⁴³

2.3.4 Adopsjon og fratakelse av foreldreansvar etter § 4-20

Et av de mer drastiske tiltakene rettet mot foreldre som fylkesnemnda kan treffe, er fratakelse av foreldreansvaret etter barnevernloven § 4-20 første ledd.⁴⁴ Et slikt vedtak kan fattes dersom omsorgen allerede er overtatt av barnevernstjenesten.⁴⁵ På bakgrunn av inngrepets styrke, tilsier forholdsmessighetsprinsippet og det minste inngreps prinsipp at det må innfortolkes

³⁵ Lindboe, 2011, s. 54 og Kjønsstad og Syse, 2015, s. 527

³⁶ Barnevernloven § 4-12 andre ledd

³⁷ Kjønsstad og Syse, 2015, s. 527

³⁸ Barnevernloven § 4-1 første ledd.

³⁹ Barnevernloven § 4-8 andre ledd andre punkt og Kjønsstad og Syse, 2015, s. 527

⁴⁰ Kjønsstad og Syse, 2015, s. 531

⁴¹ Barnevernloven § 4-19 andre ledd

⁴² Barnevernloven § 4-1 første ledd

⁴³ Kjønsstad og Syse, 2015, s. 531

⁴⁴ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 53 og Lindboe, 2011, s. 64

⁴⁵ Barnevernloven § 4-20 første ledd.

strengere materielle vilkår enn det som er tilfelle ved omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12.⁴⁶

Det er særlig i tilfeller hvor barnet vurderes adoptert, at fratakelse av foreldreansvaret blir foreslått.⁴⁷ Vilkårene for samtykke til adopsjon følger av § 4-20 tredje ledd, hvor det blant annet fremgår at adopsjon må være til barnets beste.

2.3.5 Akuttplassering etter barnevernloven § 4-6 andre ledd

I situasjoner hvor et barn står i fare for å bli vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet, kan det treffes midlertidig vedtak om å umiddelbart plassere barnet utenfor hjemmet.⁴⁸

Styrende for et slikt vedtak er hva som er til det beste for barnet.⁴⁹ Utover disse grunnvilkårene, er det i teorien diskutert om også forholdsmessighet og det minste inngreps prinsipp må anses å være selvstendige tilleggsvilkår.⁵⁰ Dette ser jeg nærmere på i punkt 3.2.3.

Dersom det treffes vedtak etter § 4-6 andre ledd må begjæring om tiltak sendes til fylkesnemnda innen seks uker.⁵¹ Hvis ikke, faller vedtaket bort.⁵²

En nærmere gjennomgang av de materielle vilkårene for akuttplassering av barn utenfor hjemmet vil bli gjort nedenfor i punkt 3. Her er det tilstrekkelig å nevne vilkårene i hovedtrekk, for å se bestemmelsen i forhold til de øvrige inngrepshjemlene.

⁴⁶ Kjønsstad og Syse, 2015, s. 532

⁴⁷ Kjønsstad og Syse, 2015, s. 532

⁴⁸ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

⁴⁹ Barnevernloven § 4-1 første ledd

⁵⁰ Se nedenfor i punkt 3.2.3

⁵¹ Barnevernloven § 4-6 fjerde ledd

⁵² Barnevernloven § 4-6 femte ledd, jf. fjerde ledd

3 Nærmere om vilkårene for akuttplassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd

3.1 Historisk bakteppe for barnevernloven § 4-6 andre ledd.

Barnevernloven av 1953 § 11 gav hjemmel til å la et barn ”foreløpig anbringe i familie, skole eller på annet hensiktsmessig sted” dersom det var ”fare ved opphold” eller det var ”nødvendig å sikre seg barnets person”. Bestemmelsen gav med andre ord hjemmel for midlertidig vedtak om akuttplassering, men på et noe ulikt grunnlag enn dagens barnevernlov § 4-6 andre ledd.

Paragraf 11 i 1953-loven var svært vag i sin utforming av inngrepskriteriene, noe som medførte at den i praksis ble brukt i stor utstrekning uten at det alltid var hjemmel for akutttinngrepene.⁵³ Dagens barnevernlov § 4-6 andre ledd ble utformet ut fra et ønske om å mer presist angi hvilket ansvar og myndighet barnevernstjenesten hadde.⁵⁴ Dette ved å stille krav om at det må foreligge fare for vesentlig skade,⁵⁵ med den presisering at vedtak kan iverksettes uten samtykke, og med skjerpede saksbehandlingsregler. Videre regulerer dagens § 4-6 andre ledd kun tilfeller hvor barnet befinner seg ”i hjemmet”, mens § 11 av barnevernloven av 1953 her var mer generelt utformet. Hvilke endringer utvalget til ny barnevernlov ønsker å gjennomføre på dette området,⁵⁶ kommer jeg tilbake til under punkt 3.2.2

⁵³ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 34

⁵⁴ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 34-35

⁵⁵ Lindboe, 2011 s. 48

⁵⁶ Se NOU 2016:16

3.2 De materielle vilkårene for akuttplassering av barn utenfor hjemmet

3.2.1 Generelt

I tilfeller hvor et barn befinner seg i en faresituasjon som krever raske tiltak for sikre beskyttelse av barnet, vil normal saksbehandlingstid ikke være tilstrekkelig effektivt.⁵⁷ I slike tilfeller er det behov for å handle akutt, noe barnevernloven § 4-6 andre ledd gir adgang til. Akuttplassering av barn utenfor hjemmet, er likevel begrenset til situasjoner hvor det er ”fare for at [det] blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet”.⁵⁸

3.2.2 Grunnvilkårene etter barnevernloven § 4-6 andre ledd

3.2.2.1 Det må være en ”fare” for at barnet blir skadelidende

Det første grunnvilkåret i barnevernloven § 4-6 andre ledd er at det må foreligge en ”fare” for at barnet blir skadelidende. En naturlig forståelse av uttrykket ”fare”, tilsier det må foreligge en mulighet eller risiko for at skade kan oppstå.

Det følger av forarbeidene at ”... det [må] foreligge en viss skaderisiko for barnet dersom det blir boende hjemme. Det må her foretas en risikoavveining”.⁵⁹

Høyesterett har ikke foretatt noen prinsipiell tolkning av ”fare”-vilkåret. I likhet med uttalelsen fra forarbeidene, fremgår det imidlertid av en dom fra Agder lagmannsrett at det må foretas en konkret risikovurdering.⁶⁰

I teorien legger Oppedal til grunn at ordlyden krever at en fare sannsynliggjøres.⁶¹

Hvilke sannsynlighetskrav som stilles til at det foreligger en risiko for at barnet kan bli vesentlig skadelidende, gir bestemmelsen i seg selv samt forarbeider liten veiledning rundt. Dette er heller ikke direkte tatt stilling til av Høyesterett, men det er likevel to dommer hvor

⁵⁷ NOU 2016:16 s. 169-170

⁵⁸ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

⁵⁹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 108

⁶⁰ Agder Lagmannsrett, dom avsagt 22.12.2016, saksnr. 16-194431ASD-ALAG, s. 4.

⁶¹ Oppedal, 2008, s. 142

akuttvedtak etter § 4-6 andre ledd har vært gjenstand for en mer indirekte prøving og som her kan gi noe veiledning.⁶²

Den første saken er Rt.1995.209 (Aure-dommen), som gjaldt krav om erstatning etter hastevedtak etter barnevernloven av 1953 § 11 fattet av barnevernstjenesten på bakgrunn av mistanke om incest. Det viste seg senere at det ikke var grunnlag for denne mistanken, og faren krevde derfor erstatning for ikke-økonomisk skade.⁶³ Før Høyesterett konkluderer med at kommunen kan pådra seg organansvar for erstatning for vedtak etter blant annet barnevernloven § 11, foretar både første- og annenvoterende en nærmere vurdering av bakgrunnen for akuttvedtaket. I enighet med førstevoterende uttaler annenvoterende at "[j]eg har full forståelse for at barnevernmyndigheter - i saker av denne type - står i en meget vanskelig situasjon, og jeg er enig i at de bør ha atskillig spillerom for mulige feilgrep".⁶⁴ Dette forstås dithen at Høyesterett legger til grunn at det ikke kan stilles for strenge krav til farevurderingen.⁶⁵

Selv om saken gjelder et hastevedtak etter den tidligere barnevernloven, synes departementet å legge til grunn at dagens § 4-6 andre ledd tilsvarer den korrekte forståelsen av den tidligere lovens § 11.⁶⁶ Det forstår jeg slik at rettskilder fra barnevernloven av 1953 er relevant også i vurderingen av vilkårene etter gjeldende barnevernlov § 4-6 andre ledd. Annenvoterendes votum tilsier følgelig at barnevernstjenesten har et visst spillerom i "fare"-vurderingen. Det vil si at fordi det må tas høyde for den akutte situasjonen som gir lite rom for grundig undersøkelse, har barnevernet et visst rom for å gjøre feilvurderinger. Høyesterett presiserer imidlertid at det ikke er spillerom for å la eventuelle feilvurderinger bli stående.⁶⁷

I Aure-dommen var det vanskelig å utrede forholdene i saken på det tidspunktet barnevernet fattet vedtaket, og spillerommet som Høyesterett gav barnevernet var derfor stort.⁶⁸ Dette kan igjen tilsi at det vil være mindre rom for at barnevernet gjør feilvurderinger i tilfeller hvor det er mulig å undersøke nærmere før vedtak treffes. Grunnen til dette er at barnevernet da har en annen mulighet til å få overblikk over den faktiske situasjonen barnet befinner seg i, slik at

⁶² Oppedal, 2008, s. 142

⁶³ Rt.1995.209, s. 209

⁶⁴ Rt.1995.209, s. 221

⁶⁵ Oppedal, 2008, s. 146

⁶⁶ Oppedal, 2008, s. 125

⁶⁷ Rt.1995.209, s. 221

⁶⁸ Rt.1995.209, s. 220-221

behovet for et spillerom blir mindre.⁶⁹ Barnevernets spillerom synes også å bli mindre desto mer saken undersøkes.⁷⁰

Høyesterett gav uttrykk for et spillerom også i Rt.2002.875. Saken gjaldt i hovedsak omsorgsovertakelse, men hvor akuttvedtaket, fattet på bakgrunn av en mors trusler om å ta livet av datteren sin, var en del av domspremissene.⁷¹ I saken uttalte førstevoterende at

”... når de ytterst alvorlige truslene ga grunnlag for tvil om mor kunne tenkes å skade barnet, kan jeg ikke se at barneverntjenesten kan kritiseres for å ha lagt avgjørende vekt på hensynet til barnets sikkerhet”.⁷²

Uttalelsen viser at det må tas høyde for den akutte situasjonen, og at barnevernet derav må gis et spillerom for sine vurderinger og deres vekting av hensynet til barnets sikkerhet.⁷³

Hva gjelder beviskravet for at det foreligger en ”fare”, fremgår det av dommen fra Agder lagmannsrett at ”[a]lminnelig sannsynlighetsovervekt for fare eller risiko” alltid vil være tilstrekkelig, og hvor det er fare for ”... særlige alvorlige skader” vil beviskravet være ”... lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt”.⁷⁴ Dette henter også støtte i juridisk teori.⁷⁵ Sannsynlighetskravet til fare synes dermed å være et relativt krav.

Oppedal tar til orde for at dersom en skal få et nyansert bilde av hvilke krav som stilles til sannsynligheten for fare, er det nødvendig å se nærmere på to vurderingstema.⁷⁶ For det første må det vurderes hvor sannsynlig det er at den nåværende situasjonen krever et akuttvedtak.⁷⁷ En slik vurdering kan være vanskelig for barnevernet å gjøre på grunn av mange usikre momenter.⁷⁸ Hensynet til barnets beste og dets mulige behov for akutt beskyttelse tilsier følgelig at barnevernet vil ha et stort behov for å kunne foreta feilvurderinger. Dette særlig i lys av at Høyesterett har presisert at det kan få verre følger dersom barnevernet ikke griper inn, enn dersom det griper inn på feilaktig grunnlag.⁷⁹

⁶⁹ Oppedal, 2008, s. 146

⁷⁰ Oppedal, 2008, s.146

⁷¹ Rt.2002.875, s. 879-880 og Oppedal, 2008, s. 143-144

⁷² Rt.2002.875, s. 880

⁷³ Oppedal, 2008, s. 145

⁷⁴ Agder Lagmannsrett, dom avsagt 22.12.2016, saksnr. 16-194431ASD-ALAG, s. 4.

⁷⁵ Se blant annet Oppedal, 2008, s. 149-151 og Lindboe, 2012, s. 60

⁷⁶ Oppedal, 2008, s. 150

⁷⁷ Oppedal, 2008, s. 150-151

⁷⁸ Oppedal, 2008, s. 154

⁷⁹ Rt.1995.209, s. 220

Nåtidsvurderingen finner eksempelvis sted i situasjoner hvor det er fare for at barn kan være utsatt for seksuelle overgrep.⁸⁰ Her kan det være vanskelig for barnevernet å finne tilstrekkelig bevis, samt vil barnet kunne bli utsatt for trusler og nye overgrep dersom det foretas nærmere undersøkelser.⁸¹ I en slik situasjon vil høye krav til sannsynlighet kunne hindre nødvendig beskyttelse av barnet, og hensynet til barnets beste tilsier dermed at sannsynlighetskravet må settes lavt.

For det andre kan det ses hen til om arten av de faktiske forholdene i saken utgjør en fremtidig risiko for at barnet kan bli vesentlig skadelidende.⁸² Her vil barnevernet kunne undersøke den nåværende situasjonen til barnet, og behovet for å kunne foreta feilvurderinger vil dermed være mindre. Dette tilsier at sannsynlighetskravet kan være noe høyere enn ved den første vurderingen.

En slik fremtidsvurdering er relevant for eksempel dersom barnet befinner seg i en situasjon hvor det er utsatt for omsorgssvikt.⁸³ Barnevernet må da vurdere om omsorgssvikten er så alvorlig at den utgjør en fare for at barnet blir skadelidende i fremtiden, eller om følgene ved å forbli hjemme vil være mindre alvorlige slik at barnevernet kan avvente ordinær saksbehandling.⁸⁴ Her synes det å måtte foretas en avveining av barnets beste opp mot det biologiske prinsipp, basert på hvilke følger det vil ha for barnet at det blir værende hjemme. Hvor barnet viser tegn til skade, synes følgen av å bli i hjemmet å være så alvorlig at sannsynlighetskravet er oppfylt.⁸⁵

Videre kan den arten av skade som det er fare for at barnet blir skadelidende av, få innvirkning på kravet til sannsynlighet - jo mer alvorlig skade det er tale om, desto lavere krav kan stilles til sannsynligheten.⁸⁶

På bakgrunn av de overnevnte rettskilder tilsier dermed uttrykket ”fare” et krav om en foreliggende risiko for at barnet kan bli vesentlig skadelidende. Dette innebærer en konkret risikovurdering i den enkelte sak, hvor kravene til graden av sannsynlighet for fare beror på

⁸⁰ Oppedal, 2008, s.154

⁸¹ Oppedal, 2008, s. 154

⁸² Oppedal, 2008, s. 151

⁸³ Oppedal, 2008, s. 152

⁸⁴ Oppedal, 2008, s. 152-153

⁸⁵ Oppedal, 2008, s. 153

⁸⁶ Lindboe, 2012, s. 60 og Oppedal, 2008, s. 160

en vurdering av hvilket behov for spillerom barnevernet vil ha i den konkrete saken, samt alvorlighetsgraden av skadens art.

3.2.2.2 Barnet må bli “vesentlig skadelidende”

Det neste vilkåret er at det må være fare for at barnet blir “vesentlig skadelidende” ved å forbli i hjemmet.⁸⁷

En naturlig forståelse av ordet “skadelidende”, tilsier at barnet utsettes for noe det tar skade av. Videre tilsier uttrykket “vesentlig”, at denne skaden må være betydelig.

I formålsbestemmelsen til barnevernloven fremgår det at loven skal sikre at barn og unge som lever under “forhold som kan skade deres helse og utvikling” får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid.⁸⁸ Dette tilsier at uttrykket “vesentlig skadelidende” henviser til at barnet befinner seg i en situasjon hvor helsen og utviklingen kan bli skadet.

Forarbeidene presiserer ikke ytterligere hvordan begrepet “vesentlig skadelidende” skal forstås, og Høyesterett har ikke foretatt en prinsipiell tolkning av uttrykket. Lagmannsretten har imidlertid, under henvisning til tingrettens tolkning, lagt til grunn at vilkåret viser til

”... fare for skader og påkjenninger som virker uheldig på barnets helse og utvikling. Det kan være både fysisk og psykisk skader, og knytte seg til skader på kort sikt og lang sikt. Også utviklingsskader er relevante”.⁸⁹

Videre tar Köhler-Olsen til orde for at begrepet “vesentlig skadelidende” antyder at barnet befinner seg i en alvorlig krisesituasjon.⁹⁰ Dette synes også å hente støtte hos utvalget til forslaget til ny barnevernlov som legger til grunn at “... begrepet særlig sikter mot skader og påkjenninger som virker uheldig på barnets helse og utvikling”, og at “... det må foreligge en alvorlig krisesituasjon for barnet”.⁹¹

Hvilke konkrete skader som omfattes av uttrykket “skadelidende”, gir ordlyden liten veiledning om. Sitatet fra lagmannsretten over viser imidlertid at det kan være tale om fysiske og psykiske skader, samt utviklingsskader. Dette støttes av Oppedal som mener “... begrepet

⁸⁷ Barnevernloven § 4-6 andre ledd.

⁸⁸ Barnevernloven § 1-1 første strekpunkt

⁸⁹ Agder Lagmannsrett, dom avsagt 22.12.2016, saksnr. 16-194431ASD-ALAG, s. 4.

⁹⁰ Köhler-Olsen, 2015, note 116

⁹¹ NOU 2016:16, s. 171

”skadelidende” i prinsippet omfatter enhver type skadefølge som truer barnets helse og utvikling eller dets integritet og verdighet”.⁹² Herunder vil sosiale eller psykosomatiske skadevirkninger i liten grad være relevant, men hovedvekten vil derimot være på psykiske og somatiske skadevirkninger.⁹³

De overnevnte rettskildene synes dermed å tilsi at ”vesentlig skadelidende” gir uttrykk for at barnet befinner seg i en alvorlig krisesituasjon hvor det kan få betydelige psykiske eller somatiske skadevirkninger som vil skade dets helse og utvikling.

3.2.2.3 Faren må knytte seg til at barnet forblir ”i hjemmet”

Det siste vilkåret er at faren må knytte seg til at barnet forblir ”i hjemmet”.⁹⁴ Ut fra en naturlig språklig forståelse kan uttrykket ”i hjemmet” tilsi at det er tale om det stedet der barnet bor sammen med sine foreldre.

Forarbeidene til barnevernloven gir ingen veiledning vedrørende tolkningen av uttrykket ”i hjemmet”. Det er likevel presisert i tilknytning til § 4-6 første ledd at dersom ”... andre enn foreldrene [har] den daglige omsorg, gjelder denne bestemmelsen i forhold til de som har omsorgsansvaret”.⁹⁵ Dette kan tilsi at ”i hjemmet” ikke bare kan forstås i tilknytning til foreldre, mens også må omfatte andre som har omsorgsansvaret.

Jeg har ikke funnet praksis fra verken Høyesterett eller lagmannsrettene som foretar en prinsipiell tolkning av uttrykket. En dom fra Gjøvik tingrett legger imidlertid til grunn at bestemmelsen også må gjelde ”... dersom barnet er plassert i en annen omsorgssituasjon enn ”i hjemmet” og dersom denne omsorgssituasjonen ikke er forsvarlig”.⁹⁶

I juridisk teori tar Oppedal til orde for at ”i hjemmet” også kan omfatte situasjoner hvor barnet bor sammen med sine foreldre, men ikke oppholder seg sammen med dem.⁹⁷ Han synes dermed å legge til grunn at også tilfeller hvor barnet oppholder seg borte fra foreldrene på eksempelvis feire, leirskole og lignende, kan omfattes av bestemmelsen så lenge hjemmet

⁹² Oppedal, 2008, s. 137

⁹³ Oppedal, 2008, s. 139

⁹⁴ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

⁹⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 108

⁹⁶ TGJOV-2015-97245, under ”rettens vurdering”

⁹⁷ Oppedal, 2008, s. 126

er basen.⁹⁸ Han mener følgelig at det er atskillelsen fra foreldrene som er det sentrale når barnet plasseres utenfor hjemmet.⁹⁹ Videre mener Ofstad og Skar at det ikke kan være avgjørende hvor barnet og familien faktisk befinner seg. Dersom familien og barnet oppholder seg et annet sted enn i hjemmet, kan dette derfor ikke være til hinder for muligheten til å treffe vedtak.¹⁰⁰

I forslaget til ny barnevernlov mener utvalget at det i den nåværende bestemmelsen er uklart at "[v]urderingstemaet ... ikke nødvendigvis [er] knyttet til situasjonen i hjemme til foreldren(e) med fast bosted etter barneloven, men den aktuelle eller potensielle omsorgssituasjonene til barnet".¹⁰¹ Utvalget synes dermed å legge til grunn at "i hjemmet" må forstås som barnets omsorgssituasjon.

Ut fra systemhensyn synes også ordlyden i barnevernloven § 4-6 andre ledd lest i lys av fokuset på "omsorg" i første ledd, å knytte hjemmet opp mot den omsorgen barnet får.¹⁰² Hensynet til sammenheng tilsier dermed at "i hjemmet" ikke bare kan forstås som det faktiske stedet barnet bor, men også må omfatte den omsorgssituasjonen barnet befinner seg i.

De overnevnte rettskilder tilsier følgelig at begrepet "i hjemmet" skal forstås som det stedet eller en omsorgssituasjon hvor barnet befinner seg med sine omsorgspersoner. Denne forståelsen av "i hjemmet" innebærer imidlertid en utvidende tolkning av den naturlige forståelsen av begrepet. Spørsmålet blir da om det er rom for en slik utvidende tolkning.

Legalitetsprinsippet legger til grunn at staten ikke kan gjøre inngrep i den private rettssfære dersom det ikke er hjemmelsgrunnlag for det.¹⁰³ Forvaltningen må følgelig ha lovhjemmel for inngripende vedtak. Prinsippet skaper forutberegnelighet for den enkelte borger, og gjør det mulig å kontrollere myndighetsutøvelsen i etterkant.¹⁰⁴

Videre krever legalitetsprinsippet at må det vises forsiktighet ved tolkningen av enhver lov som gir hjemmel for inngrep, ved å så langt som mulig unngå utvidende tolkning.¹⁰⁵ Jo mer

⁹⁸ Oppedal, 2008, s. 126

⁹⁹ Oppedal, 2008, s. 127

¹⁰⁰ Ofstad og Skar, 2015, s. 111

¹⁰¹ NOU 2016:16, s. 172

¹⁰² Oppedal, 2008, s. 132

¹⁰³ Grunnloven § 113

¹⁰⁴ Lindboe, 2012 s. 44

¹⁰⁵ Sandberg, 2003 s. 37

inngripende et vedtak er desto strengere må hjemmelen tolkes.¹⁰⁶ Et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er svært inngripende overfor både foreldre og barn. I lys av legalitetsprinsippet tilsier dermed inngrepets styrke at det er lite rom for utvidende tolkning av ordlyden.

Jeg mener derfor at det er den naturlige forståelsen av ordlyden som må legges til grunn, med den presiseringen forarbeidene gir vedrørende omsorgspersonene. Dette innebærer at vilkåret om at det er fare for at barnet blir vesentlig skadelidende ved å forbli ”i hjemmet”, vil knytte seg til det stedet der barnet bor sammen med sine foreldre eller andre omsorgspersoner.

I forslaget til ny barnevernlov foreslår imidlertid utvalget å ta bort dette vilkåret, og slik knytte skadevurderingen til om barnet uten tiltak står i fare for å bli vesentlig skadelidende.¹⁰⁷

Bakgrunnen for endringen er et ønske om ytterligere presisering av at det avgjørende for vurderingen er faren for at barnet skal bli vesentlig skadelidende som følge av omsorgssituasjonen.¹⁰⁸ Utvalget mener at dette ikke er tilstrekkelig klart i dagens bestemmelse, og en presisering kunne tette lovtomme rom som finnes i dagens bestemmelse. På den måten vil en bringe bestemmelsen i overensstemmelse med barns rett til beskyttelse etter Grunnloven, Barnekonvensjonen og EMK.¹⁰⁹

Når det kommer til hvilket ansvar norske myndigheter har etter EMK for å dra omsorg for barn, fremgår det av EMK artikkel 1 at statene har en plikt til å ”sikre” konvensjonens rettigheter og friheter. Videre viser langvarig praksis fra EMD at statene både må avstå fra inngrep som strider med EMK artikkel 3, samt gripe inn når det er grunnlag for å tro at overgrep i strid med bestemmelsen blir begått.¹¹⁰ EMD synes dermed å legge til grunn at statene etter EMK har en sikringsplikt til å dra omsorg for barn, men at forutsetningen for at denne sikringsplikten utløses er at vern etter artikkel 3 eller 8 blir utløst på grunn av forholdene barnet lever i.¹¹¹ Videre synes EMD å legge til grunn at en nærmere avgrensning

¹⁰⁶ Sandberg, 2003 s. 37

¹⁰⁷ NOU 2016:16 s. 172

¹⁰⁸ NOU 2016:16 s. 172

¹⁰⁹ NOU 2016:16 s. 172

¹¹⁰ NOU 2016:16, s. 69 og 327

¹¹¹ NOU 2016:16, s. 328

av innholdet i artikkel 3 og 8 må ses i sammenheng med barnekonvensjonen, herunder særlig artikkel 19.¹¹²

Når det gjelder forholdet mellom den norske stat sin sikringsplikt til å dra omsorg for barn og ”i hjemmet” vilkåret i barnevernloven § 4-6 andre ledd, begrenser ikke konvensjonen sikringsplikten til situasjoner som finner sted i hjemmet. Når barnevernloven § 4-6 andre ledd innehar nettopp en slik begrensning, synes den dermed å være i strid med EMK artikkel 3.

En slik motstrid vil imidlertid ikke foreligge dersom ordlyden ”i hjemmet”¹¹³ tolkes utvidende til å også omfatte situasjoner hvor barnet er utenfor hjemmet. Som nevnt over er det imidlertid lite rom for utvidende tolkning av barnevernloven § 4-6 andre ledd, og det er derfor nødvendig å ta bort ”i hjemmet”-vilkåret for å bringe bestemmelsen i overensstemmelse med statens sikringsplikt etter EMK.

3.2.3 Gjelder forholdsmessighet og det minste inngreps prinsipp som *tilleggsvilkår* til de øvrige vilkårene i barnevernloven § 4-6 andre ledd?

3.2.3.1 Forholdsmessighet

Forholdsmessighet er ”... et krav om et noenlunde rimelig forhold mellom gevinst og totale omkostninger ved det aktuelle vedtaket”.¹¹⁴

Hvorvidt forholdsmessighet må anses å være et generelt krav i forvaltningen har vært omdiskutert i teorien.¹¹⁵ Sandberg tar til orde for at en her må skille mellom forvaltningens plikt og kompetanse.¹¹⁶ Forvaltningen må anses å ha ”en plikt til å treffe såvel rimelige som forholdsmessige vurderinger”, men om domstolene vil sette til side en sak på bakgrunn av dens uforholdsmessighet er mer uklart.¹¹⁷ Ut fra dette synes altså Sandberg å argumentere for at det foreligger et generelt krav om forholdsmessighet i forvaltningen.

Eckhoff og Smith er uenig med Sandberg, og mener det ”... neppe [er] grunnlag for å anta at det i norsk rett finnes et generelt krav om at forvaltningsvedtak etter sitt innhold må være

¹¹² Oppedal, 2008, s. 60 og *A mot Storbritannia* (1998) avsnitt 22

¹¹³ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

¹¹⁴ Bernt og Rasmussen, 2010, s. 99

¹¹⁵ Oppedal, 2008, s. 168

¹¹⁶ Sandberg, 2003, s. 44

¹¹⁷ Sandberg, 2003, s. 44

forholdsmessige”.¹¹⁸ Oppedal stiller seg også tvilende til om forholdsmessighet kan anses å være et generelt krav i forvaltningen, uten å gå inn i en nærmere vurdering av spørsmålet.¹¹⁹

Diskusjonen i teorien er imidlertid avklart av Høyesterett, som har uttalt at ” ... det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak, jf. Rt-2008-560 avsnitt 48”.¹²⁰ Etter gjeldende rett er det følgelig ikke et generelt forholdsmessighetskrav ved forvaltningsvedtak.

Oppedal tar likevel til orde for at forholdsmessighet må være et vilkår ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, i form av at det må vurderes om fordelene ved å plassere barnet utenfor hjemmet veier opp for ulempene ved en slik plassering.¹²¹ Videre knytter han forholdsmessighetskravet i barnevernloven § 4-6 andre ledd til det minste inngreps prinsipp, og mener det er en smakssak hvorvidt en omtaler det som et krav om forholdsmessighet eller det minste inngreps prinsipp.¹²²

Det er klart at det minste inngreps prinsipp er innarbeidet i barnevernlovens tiltakshjemler, og at et vedtak som kunne vært avhjulpet med lempeligere midler fort vil være uforholdsmessig. Jeg mener likevel at et vedtak også kan være uforholdsmessig av andre grunner, eksempelvis at begrunnelsen for vedtaket ikke er tilstrekkelig tungtveiende. Etter mitt skjønn er det følgelig materiell forskjell på et krav om forholdsmessighet og det minste inngreps prinsipp. Hvilket av de to begrepene en ønsker å benytte seg av vil dermed ikke bero på smak. I vurderingen videre legger jeg til grunn Bernt og Rasmussen sin mer generelle definisjon av forholdsmessighet som er sitert over.

Begrunnelsen Oppedal gir for at forholdsmessighet må være et selvstendig vilkår ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, er at prinsippet er klart innarbeidet i barnevernloven og i internasjonale konvensjoner.¹²³

Jeg tolker ordlyden i barnevernloven § 4-6 andre ledd som å gi en indirekte anvisning på at barnevernet må foreta en forholdsmessighetsvurdering. Denne vurderingen synes særlig å knytte seg til en vurdering av om foreldrene i den aktuelle situasjon rammes urimelig hardt av

¹¹⁸ Eckhoff og Smith, 2014, s. 405

¹¹⁹ Oppedal, 2008, s. 168

¹²⁰ Rt.2011.304, avsnitt 56

¹²¹ Oppedal, 2008, s. 170

¹²² Oppedal, 2008, s. 168-169

¹²³ Oppedal, 2008, 168

vedtaket, ettersom at ordlyden også indikerer at den mer generelle avveiningen på gruppenivå mellom mål og middel allerede er tatt stilling til av lovgiver.¹²⁴

Hvorvidt EMK artikkel 8 nr. 2 tilsier at forholdsmessighet må anses å være et uttrykkelig vilkår ved akuttvedtak, kommer jeg tilbake til i punkt 4.2.2.5. Det ses derfor bort i fra her.

3.2.3.2 Det minste inngreps prinsipp

Det fremgår av forarbeidene at

”[h]jelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ. ... Bruk av tvang ... skal [bare] være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses som nytteløst å forsøke med slike tiltak”.¹²⁵

Uttalelsen synes å gi uttrykk for det minste inngreps prinsipp, og at det ikke skal iverksettes et sterkt inngripende tiltak dersom samme formål kan oppnås på en mindre inngripende måte.¹²⁶ Prinsippet henger tilsynelatende sammen med det biologiske prinsipp. Dette i lys av at det er et grunnleggende prinsipp i samfunnet at alle barn skal vokse opp hos sine foreldre,¹²⁷ og et inngrep i dette skal være siste utvei.

Hvorvidt prinsippet skal forstås som et selvstendig vilkår ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, er imidlertid uklart.

Jeg har ikke funnet praksis fra Høyesterett som uttaler seg nærmere om dette. En dom fra lagmannsretten synes, under henvisning til tingrettens tolkning, å legge til grunn at en forutsetning for vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er at ”... det ikke må være mulig å avhjelpe situasjonen med hjelpetiltak”.¹²⁸ Uttalelsen kan forstås slik at lagmannsretten mener det minste inngreps prinsipp er et selvstendig vilkår for slike vedtak. Senere i avgjørelsen knyttes imidlertid prinsippet til den konkrete risikoavveiningen som skal foretas i den enkelte sak.¹²⁹ Samlet sett forstår jeg dermed lagmannsrettens vurdering som et uttrykk for at det minste inngreps prinsipp er en del av en vurdering, og ikke nødvendigvis et selvstendig vilkår ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd.

¹²⁴ Se mer generelt om dette i Søvig (red.), 2015, s. 341

¹²⁵ Innst. O. nr.80 (1991-1992) s.15

¹²⁶ Sandberg, 2003, s. 40-41

¹²⁷ Se over i punkt 2.2.3

¹²⁸ Agder Lagmannsrett, dom avsagt 22.12.2016, saksnr. 16-194431ASD-ALAG, s. 4

¹²⁹ Agder Lagmannsrett, dom avsagt 22.12.2016, saksnr. 16-194431ASD-ALAG, s. 4

I teorien legger Sandberg til grunn at ”... forvaltningen ikke kan benytte sitt frie skjønn til å treffe et inngripende vedtak hvis formålet med vedtaket kan oppnås gjennom et som er mindre inngripende”.¹³⁰ Han synes dermed å mene at det minste inngreps prinsipp er en del av forholdsmessighetsvurderingen, og ikke et selvstendig vilkår ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd. Dette innebærer at prinsippet får en særlig funksjon som rettesnor i vurderingen av om det skal iverksettes hjelpetiltak eller om barnet skal tas ut av hjemmet.¹³¹

At prinsippet har en slik funksjon er også lagt til grunn av utvalget i forslaget til ny barnevernlov ved den foreslåtte lovfestelsen av prinsippet slik at det kan være ”... en rettesnor for valg og gradering av ulike tiltak”.¹³²

Ut fra de øvrige rettskildene fremstår prinsippet som et vurderingsmoment og en rettesnor, og ikke som et selvstendig tilleggsvilkår til vilkårene som fremgår av barnevernloven § 4-6 andre ledd.

3.2.4 Vedtaket må være til barnets beste

Som nevnt over skal tiltak som berører barn være til barnets beste.¹³³ Hvorvidt en anser det å være et selvstendig tilleggsvilkår eller et avgjørende hensyn i tilknytning til barnevernloven § 4-6 andre ledd, synes ikke å være avgjørende ettersom barnevernets vedtak ut fra en totalvurdering må være til barnets beste uavhengig av dette.¹³⁴

Dersom akutt plassering av et barn utenfor hjemmet skal være til barnets beste, må vedtaket være den løsningen som tjener barnets interesser på best måte.¹³⁵ Hvilke interesser som er til barnets beste, vil være varierende i tråd med politikk, verdisyn og den konkrete situasjonen.¹³⁶ Norge blir et stadig mer flerkulturelt samfunn, en utvikling som fører med seg nye verdisyn og ulike meninger om hva som er til det beste for et barn. Det kan derfor stilles spørsmål ved om dette er noe som bør få innvirkning på de interessene som legges til grunn i barnets beste-vurderingen etter norsk rett. Dette er imidlertid et spørsmål oppgaven ikke gir rom for å besvare.

¹³⁰ Sandberg, 2003, s. 44

¹³¹ Sandberg, 2003, s. 43-44

¹³² NOU 2016: 16, s. 66

¹³³ Se punkt 2.2.2

¹³⁴ Se blant annet over i punkt 2.2, TGJOV-2015-97245 under ”rettens vurdering”, og Oppedal, 2008, s. 168

¹³⁵ Se blant annet Sandberg, 2003 s.50

¹³⁶ Sandberg, 2003 s.53

Det fremgår likevel av forarbeidene til barnevernloven at det i vurderingen av hvilke tiltak som best mulig tjener til barnets interesser, vil være noen momenter som er "... av særlig betydning".¹³⁷ Disse momentene er presisert i barnevernloven som "å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen".¹³⁸

Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden, tilsier "stabil ... voksenkontakt" at barnet har en forutsigbar og stødig kontakt med en voksen.

Jeg har ikke funnet noen nærmere begrepsavklaring i verken forarbeider eller i rettspraksis.

Juridisk teori synes å støtte oppunder den naturlige forståelsen av uttrykket, ved å påpeke at det "... får særlig betydning i forhold til slike voksenpersoner som barnet har en trygg tilknytning til ... [eller] andre voksenpersoner av særlig betydning for barnet".¹³⁹

Når det gjelder akuttvedtak, kan dette innebære at det må vurderes hvorvidt barnets foreldre eller omsorgspersoner utgjør en trygg og betydningsfull tilknytning for barnet. I tilfeller hvor foreldrene eksempelvis utgjør en fare for barnets liv, vil barnet følgelig ha behov for andre trygge omsorgspersoner som kan være den stabile voksenkontakten.

Videre tilsier en naturlig forståelse av "kontinuitet i omsorgen", at det vil være i barnets beste interesse å ha minst mulig endringer i omsorgssituasjonen.

Begrepet er ikke nærmere avklart i forarbeidene, men det fremgår av rettspraksis at det "[v]ed vurderingen er ... naturlig å se hen til hva den faglige ekspertise til enhver tid måtte si om hva som erfaringsmessig er gunstig for barnet".¹⁴⁰

I juridisk teori påpeker Oppedal at kontinuitet i omsorgen går "... særlig på betydningen av at barn ikke flyttes uten at det er gode grunner for det", dette i forhold til foreldre eller andre som barnet har god kontakt med.¹⁴¹

I tilknytning til akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, kan dette tilsi at det må foretas en vurdering av om det vil være i barnets beste interesse å forbli i hjemmet opp mot de eventuelle følgene dette vil ha for barnet. Barnevernlovens utgangspunkt er at det er til det

¹³⁷ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28

¹³⁸ Barnevernloven § 4-1 første ledd andre punkt

¹³⁹ Oppedal, 2008, s. 87-88

¹⁴⁰ Rt.2012.1832, avsnitt 36

¹⁴¹ Oppedal, 2008, s. 87

beste for barna å vokse opp sammen med sine foreldre.¹⁴² Men i tilfeller hvor ”... barnets behov for omsorg og beskyttelse i praksis ikke er forenlig med foreldrenes interesser, ... må barnets interesser og behov gå foran”.¹⁴³

I tillegg til stabil voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen, skal barnet også gis anledning til å uttale seg før iverksettelse av akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd.¹⁴⁴ Det fremgår av forarbeidene at ”... for de noe større barna er det av betydning hva barnet selv mener, og dette er av de momenter som må tillegges vekt ved vurderingen av hvilken løsning som skal velges”.¹⁴⁵ Det fremgår også eksplisitt i barnevernloven § 6-3 første ledd, og må ut fra systemhensyn også gjelde ved vurderingen av barnets beste etter § 4-6 andre ledd. Hvilke vekt som blir tillagt barnets meninger, vil likevel variere med dets modenhet og alder.¹⁴⁶

Det å vektlegge barnets mening kan i vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd skape problemer i situasjoner hvor barnet mener noe annet enn barnevernet og følgene av å vektlegge barnets mening medfører at barnet blir plassert i fare.¹⁴⁷ En må da foreta en avveining av barnets mening opp mot myndighetenes plikt til å beskytte barnet. Det er også nødvendig å prøve de negative konsekvensene et eventuelt tiltak vil ha på barnet.¹⁴⁸

Forholdet mellom hensynet til barnets beste, og EMK, vil bli sett nærmere på i punkt 4.

¹⁴² Rt.2006.1308, avsnitt 32, og over i punkt 2.2.3

¹⁴³ NOU 2000:12 s.71

¹⁴⁴ Lindboe, 2012, s. 51

¹⁴⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28

¹⁴⁶ Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) s. 63

¹⁴⁷ Oppedal, 2008, s. 90

¹⁴⁸ Innst.O.nr.80 (1991-1992) side 13

3.3 Nærmere om akutt plassering av barn utenfor hjemmet og omsorgsovertakelse

3.3.1 Forholdet mellom vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd og vedtak etter § 4-12

I mange tilfeller vil et midlertidig vedtak om å plassere et barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, gå videre til sak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.¹⁴⁹ Det er derfor interessant å se på forholdet mellom § 4-6 andre ledd og § 4-12.

Etter barnevernloven § 4-12 kan barnevernet overta omsorgen for et barn dersom det er ”alvorlige mangler ved den daglige omsorg barnet får [...] eller alvorlige mangler i forhold til personlig kontakt og trygghet”, dersom et barn med særskilte behov ikke får dekket disse, dersom barnet blir ”mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet” eller dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse og utvikling kan bli skadd på grunn av foreldrene ikke er i stand til å ta tilstrekkelig ansvar.¹⁵⁰ Vilkårene skiller seg klart fra grunnvilkåret om ”vesentlig skadelidende” etter § 4-6 andre ledd,¹⁵¹ og kan i seg selv tilsi at det i utgangspunktet er tale om to ulike vurderinger og terskler for inngrep.

Videre er et vedtak etter § 4-6 andre ledd et midlertidig vedtak, mens omsorgsovertakelse etter § 4-12 i utgangspunktet er et mer permanent vedtak. EMD har likevel presisert at vedtak om omsorgsovertakelse normalt skal være midlertidige vedtak som kan oppheves så snart forholdene tillater det.¹⁵² Ved vedtak om omsorgsovertakelse vil det likevel trolig ta lenger tid før forholdene endrer seg og dermed tillater tilbakeføring av barnet, enn fristen på seks uker som ligger til grunn for vedtak om akutt plassering etter § 4-6 andre ledd.¹⁵³

Grunnvilkårene for akutt plassering synes videre å være strengere enn vilkårene for omsorgsovertakelse, noe som tilsier at det ikke er tilstrekkelig for iverksettelse av en akutt plassering etter § 4-6 andre ledd at vilkårene etter § 4-12 er oppfylt.¹⁵⁴ Det synes heller ikke å være en forutsetning for iverksettelse av vedtak etter § 4-6 andre ledd, at vilkårene i §

¹⁴⁹ NOU 2016:16, s. 172

¹⁵⁰ Barnevernloven § 4-12 første ledd, bokstav a) til d).

¹⁵¹ Lindboe, 2012, s. 153

¹⁵² Søvig, 2016, s. 240 og *Jovanovic mot Sverige* (2015) avsnitt 77

¹⁵³ Barnevernloven § 4-6 fjerde ledd, jf. femte ledd

¹⁵⁴ Lindboe, 2012, s. 153

4-12 er oppfylt.¹⁵⁵ Akuttplassering av barn utenfor hjemmet skjer dermed uavhengig av om situasjonen rammes av § 4-12 eller ikke.

3.3.2 Er akuttplassering av barn utenfor hjemmet i realiteten et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse?

Både vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd og § 4-12 tar barnet bort fra foreldrenes omsorg. Ettersom EMD overprøver de reelle forholdene ved en bestemmelse kan det derfor være nødvendig å se nærmere på om et vedtak om akuttplassering av barn utenfor hjemmet etter § 4-6 andre ledd i realiteten er et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse.

Det blir slått fast av Høyesteretts ankeutvalg at vedtak etter § 4-6 andre ledd rent formelt sett ikke er vedtak om omsorgsovertakelse.¹⁵⁶ Tilsvarende fremgår av forslaget til ny barnevernslov som uttaler at "[a]kuttvedtak er ikke en midlertidig omsorgsovertakelse".¹⁵⁷ Utvalget viser til Oppedal sin uttalelse om at "[p]lassering etter § 4-6 andre ledd er ikke en omsorgsovertakelse, men en korttidsplassering med det formål å verne barnet mot en faresituasjon i hjemmet".¹⁵⁸

Det kan likevel spørres om et vedtak etter § 4-6 andre ledd gjør tilsvarende inngrep i foreldrenes rett og plikt til daglig omsorg for barna som et vedtak etter § 4-12. Er det tilfellet, vil et vedtak om akuttplassering av barn utenfor hjemmet etter § 4-6 andre ledd i realiteten kunne anses å være et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse.

Utgangspunktet er at de foreldrene som har foreldreansvaret for barnet, har rett og plikt til å ha omsorg for barnet.¹⁵⁹ Når det fattes vedtak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 overtas omsorgen av barnevernet, og den daglige omsorgen utøves av fosterforeldre eller den institusjonen der barnet bor.¹⁶⁰ Dette innebærer at fosterforeldre tar avgjørelsene knyttet til den daglige omsorgen, og barnevernet tar noen mer omfattende avgjørelser.¹⁶¹

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 34

¹⁵⁶ Rt.2013.59, avsnitt 22

¹⁵⁷ NOU 2016:16, s. 171

¹⁵⁸ Oppedal, 2008, s. 195

¹⁵⁹ Sandberg, 2017, note 84

¹⁶⁰ Barnevernloven § 4-18 første ledd.

¹⁶¹ Havre, 2015, note 197

Forarbeidene legger til grunn at når barnevernet overtar omsorgen, overtar de foreldreansvaret for barnet.¹⁶² Foreldrenes bestemmelsesrett ved omsorgsovertakelse etter § 4-12 synes dermed å være begrenset til å kun gjelde de mer vesentlige avgjørelsene om barnet.¹⁶³

Ved vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet,¹⁶⁴ fratas foreldrene retten til den daglige omsorgen for barnet.¹⁶⁵ Utgangspunktet synes dermed å være at barnevernet også her overtar foreldrenes plikter og rettigheter knyttet til den daglige omsorgen for barnet, og at denne bestemmelsesretten overtas så langt det er nødvendig for å ivareta omsorgen for barnet.¹⁶⁶

Til forskjell fra vedtak om omsorgsovertakelse, synes imidlertid ikke et akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd å åpne for at barnevernet kan ta avgjørelser vedrørende barnet utover den daglige omsorgen.¹⁶⁷ Dette tilsier at foreldrenes rett og plikt til å dra omsorg for barnet er større ved vedtak om akutt plassering av barn etter § 4-6 andre ledd, enn ved vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.

Retten og plikten til å dra omsorg for barnet som følger med foreldreansvaret, blir dermed i større grad overtatt av barnevernet ved vedtak om omsorgsovertakelse enn ved midlertidig vedtak om akutt plassering av barn. Dette innebærer at et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd ikke reelt sett kan anses å være et vedtak om omsorgsovertakelse.

3.4 Saksbehandlingskrav ved vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd

3.4.1 Generelle saksbehandlingskrav

Dersom de materielle vilkårene etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er oppfylt, kan barnevernadministrasjonens leder eller påtalemyndigheten iverksette en akutt plassering av barnet utenfor hjemmet.¹⁶⁸ Umiddelbart etter at vedtaket er iverksatt, skal det oversendes til

¹⁶² Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 26

¹⁶³ Havre, 2015, note 197

¹⁶⁴ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

¹⁶⁵ Oppedal, 2008, s. 195

¹⁶⁶ Oppedal, 2008, s. 195-196

¹⁶⁷ Oppedal, 2008, s. 196

¹⁶⁸ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

fylkesnemnda for godkjenning.¹⁶⁹ Fylkesnemnda må deretter gi sin godkjenning innen 48 timer.¹⁷⁰

Dersom vedtaket blir godkjent, kan det påklages til fylkesnemndslederen av både foreldre og barn.¹⁷¹ Nemndslederen behandler deretter klagen alene.¹⁷²

Det vedtaket fylkesnemndslederen fatter, kan videre bringes inn for tingretten.¹⁷³

Domstolsbehandlingen skjer da i medhold av tvisteloven kapittel 36, og domstolen kan i utgangspunktet overprøve alle sider av saken.¹⁷⁴ Høyesterett har imidlertid presisert at det bare "... er de kravene nemnda har tatt stilling til som kan bringes inn til overprøving, ikke andre krav, jf. også tvisteloven § 36-1 første ledd siste setning".¹⁷⁵

Søksmål kan likevel ikke reises dersom vedtaket har falt bort.¹⁷⁶ Et vedtak om akutt plassering etter § 4-6 andre ledd faller bort dersom barnevernet ikke har sendt begjæring om tiltak etter barnevernloven § 7-11 til fylkesnemnda senest 6 uker etter iverksettelsen av vedtaket.¹⁷⁷ I rettspraksis har vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd ikke blitt ankebehandlet i Høyesterett trolig fordi vedtaket på det tidspunktet har falt bort.¹⁷⁸ Den korte fristen synes slik å gjøre en domstoloverprøving av vedtaket mindre praktisk.

Et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd kan i utgangspunktet klages inn for EMD. En forutsetning for dette er imidlertid at vedtaket fullt ut er prøvd av nasjonale domstoler.

Ettersom den korte fristen i barnevernloven § 4-6 andre ledd vanskeliggjør de private parter mulighet å reise søksmål for den nasjonale domstolen, kan det være interessant å se nærmere på hvilken adgang det er til å få en fastsettelsesdom for krenkelse av EMK etter at krenkelsen er opphørt.

¹⁶⁹ Barnevernloven § 7-22 første ledd første punkt

¹⁷⁰ Barnevernloven § 7-22 første ledd andre punkt

¹⁷¹ Forvaltningsloven § 28 første ledd, og barnevernloven § 6-3 andre ledd.

¹⁷² Barnevernloven § 7-23 første og andre ledd

¹⁷³ Barnevernloven § 7-24 første ledd

¹⁷⁴ Tvisteloven §§ 36-1 og 36-5 tredje ledd

¹⁷⁵ Rt.2011.377, avsnitt 47

¹⁷⁶ Tvisteloven § 36-1 andre ledd

¹⁷⁷ Barnevernloven § 4-6 femte ledd, jf. fjerde ledd

¹⁷⁸ Se blant annet HR-2017-253-U

3.4.2 Adgangen til å få fastsettelsesdom for krenkelse av EMK

Et fastsettelsessøksmål fastslår rettsstillingen mellom partene.¹⁷⁹ Hvor foreldrene opplever akuttvedtaket som en krenkelse av deres rett til familieliv etter EMK artikkel 8 og vedtaket har falt bort før det kan behandles av Høyesterett, kan det være aktuelt med et slikt søksmål for å få fastsatt rettmessigheten av vedtaket.

For å reise sak for norske domstoler, må en ha et ”rettskrav”.¹⁸⁰ En naturlig forståelse av uttrykket ”rettskrav” tilsier at det må være et krav som reguleres av rettsreglene. En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene, hvor det fremgår at ”[d]et må dreie seg om et krav som er underlagt rettslig regulering ...”.¹⁸¹ Videre fremgår det at krav om dom for brudd på EMK anses å være et ”rettskrav” dersom det ikke er andre måter å overprøve konvensjonsmessigheten på.¹⁸² Dette henter støtte i rettspraksis hvor Høyesterett har uttalt at ”[d]et er sikker rett at det kan reises *fastsettelsessøksmål* med krav om dom for at det foreligger brudd på en inkorporert menneskerettskonvensjon ...”.¹⁸³ Adgangen til å få fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd er ivaretatt, selv om spørsmålet om brudd på EMK utgjør et prejudisielt rettsspørsmål i et parallelt gyldighetssøksmål.¹⁸⁴

Søksmål om gyldigheten av et akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd synes dermed klart å være et ”rettskrav” etter tvisteloven § 1-3 første ledd, selv om vedtaket har falt bort.

I tillegg til vilkåret om rettskrav, må den som reiser sak ha et ”reelt behov” for å få prøvd saken.¹⁸⁵ Hvorvidt et slikt reelt behov foreligger, beror på en helhetlig vurdering av ”kravets aktualitet og partenes tilknytning til det”.¹⁸⁶

Aktualitetskravet tilsier at søksmålet må være aktuelt og konkret for saksøkeren.¹⁸⁷ Det vil si at parten har et rettslig eller faktisk behov for en avgjørelse,¹⁸⁸ og kan synes å avgrense mot

¹⁷⁹ Skoghøy, 2017, side 428

¹⁸⁰ Tvisteloven § 1-3 første ledd

¹⁸¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s.364

¹⁸² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 364

¹⁸³ Rt.2011.1666, avsnitt 32

¹⁸⁴ Se Rt.2015.93, avsnitt 42 og Skoghøy, 2017, side 431

¹⁸⁵ Tvisteloven § 1-3 andre ledd første punkt

¹⁸⁶ Tvisteloven § 1-3 andre ledd andre punkt

¹⁸⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 365

¹⁸⁸ Schei mfl., 2013, s. 45

fortidige, fremtidige og abstrakte forhold.¹⁸⁹ Hvorvidt kravet til aktualitet er oppfylt beror på en konkret vurdering.¹⁹⁰ Det stilles imidlertid ikke strenge krav til aktualiteten i tilfeller hvor søksmålet gjelder lovligheten av inngrep myndighetene har gjort i den personlige integritet.¹⁹¹ Det synes følgelig å være mulig å fremme fastsettelsessøksmål vedrørende om et konkret vedtak etter barnevernloven § § 4-6 andre ledd er i strid med EMK artikkel 8, selv om vedtaket har falt bort og den faktiske situasjonen som eventuelt begrunner krenkelsen er opphørt.

Videre tilsier kravet til tilknytning at partene, ut fra deres pretensjoner, må ha en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den saksøkte.¹⁹² En part som blir utsatt for myndighetsutøvelse fra staten, vil alltid ha en interesse i å få prøvd vedtakets rettmessighet.¹⁹³ Med andre ord vil foreldre som blir utsatt for tiltak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, ha en beskyttelsesverdig interesse til å få prøvd vedtakets rettmessighet og derav tilstrekkelig tilknytning.

I tilfeller hvor foreldre som har vært utsatt for myndighetsutøvelse i form av vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd har fremmet fastsettelsessøksmål, synes følgelig kravet om aktualitet og tilknytning å være oppfylt.

Dersom vilkårene i tvisteloven § 1-3 er oppfylt, er det dermed adgang til å få fastsettelsesdom for brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8 i saker hvor det foreligger vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd. Dette gjelder også i de tilfellene hvor vedtaket har falt bort.

¹⁸⁹ Mæland, 2013, s. 82

¹⁹⁰ Skoghøy, 2017, side 429

¹⁹¹ Mæland, 2013, s. 84

¹⁹² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 365

¹⁹³ Schei mfl., 2013, s. 35

4 Retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

4.1 Konvensjonens stilling i norsk rett

Som nevnt over, gjelder EMK som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning.¹⁹⁴

Før menneskerettsloven trådte i kraft, måtte konvensjonen vike hvis den var i klar motstrid med norsk lov.¹⁹⁵ Etter ikrafttreddelsen av menneskerettsloven, endret dette seg og Høyesterett la til grunn at "... dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt".¹⁹⁶

Selv om en nå har gått bort fra kravet til klarhet,¹⁹⁷ viser uttalelsen hvordan EMKs stilling i norsk rett ble styrket etter at menneskerettsloven trådte i kraft. Konvensjonens forrang ved motstrid synes videre å gi den en stilling av semi-konstitusjonell karakter.¹⁹⁸

Ved anvendelsen av EMK skal domstolene benytte samme tolkningsprinsipper som EMD.¹⁹⁹ Det er likevel klart at det først og fremst er EMD som skal utvikle konvensjonen, og at rekkevidden av avgjørelsene skal vurderes ut fra om det rettslige og faktiske saksforholdet samsvarer med den foreliggende sak for norske domstoler.²⁰⁰

I 2014 ble retten til respekt for familieliv grunnlovsfestet.²⁰¹ En rettighet med store likhetstrekk til EMK artikkel 8 er dermed gitt grunnlovs rang uten at konvensjonen er det. Høyesterett har presisert at selv om bestemmelsen i utgangspunktet skal tolkes likt som EMK artikkel 8, vil fremtidig praksis fra EMD har begrenset prejudikatsvirkning på

¹⁹⁴ Menneskerettsloven § 3, jf. § 2

¹⁹⁵ Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 15 under henvisning til Rt.1997.580

¹⁹⁶ Rt.2000.996, s. 1007

¹⁹⁷ Rt.2002.557, s. 565

¹⁹⁸ Ot.prp.nr. 33 (2004-2005), s. 60

¹⁹⁹ Rt.2000.996, s. 1007

²⁰⁰ Rt.2000.996, s. 1007

²⁰¹ Grunnloven § 102 første ledd

grunnlovsbestemmelsen fordi Høyesterett selv er ansvarlig for å tolke og avklare denne.²⁰²

Retten til familieliv i EMK og i Grunnloven, kan dermed ha ulik fremtidig utvikling.

Oppgaven vil videre fokusere på retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

4.2 Retten til familieliv

4.2.1 Hovedregelen i artikkel 8 nr. 1

Hvorvidt handlinger fra myndighetenes side utgjør et konvensjonsbrudd beror på en vurdering av innholdet i artikkel 8,²⁰³ samt om barnevernloven § 4-6 andre ledd innebærer et brudd på rettighetene som følger av bestemmelsen.

Det fremgår av EMK artikkel 8 nr. 1 at enhver har rett til respekt for sitt ”familieliv”. En naturlig forståelse av begrepet ”familieliv” tilsier et samvær av mennesker som deler blodsband. Sterkest er gjerne forholdet mellom foreldre og barn, men ordlyden synes også å åpne for at besteforeldre, tanter, onkler, søskenbarn og så videre omfattes.

Ut fra EMDs praksis omfatter begrepet ”familieliv” nære slektninger, som for eksempel besteforeldre og barnebarn.²⁰⁴ Videre er det særlig ment å omfatte forholdet mellom foreldre og barn, både biologiske og adoptivbarn.²⁰⁵ Straks barnet er født, anses det for å være i et familieliv med foreldrene.²⁰⁶ Uttrykket ”familieliv” synes videre å forutsette en eksisterende enhet som er inngått ved ekteskap, langvarig samboerskap, eller hvor det er faktorer som taler for at det er tale om et tilstrekkelig langvarig forhold.²⁰⁷

²⁰² Rt.2015.93, avsnitt 57

²⁰³ LB-2016-111749, punkt 1.4 andre avsnitt

²⁰⁴ *Marckx mot Belgia* (1979) avsnitt 45

²⁰⁵ Høgberg og Høstmælingen, 2010, s. 104

²⁰⁶ Jacobs mfl., 2014, s. 335

²⁰⁷ *Paradiso og Campanelli mot Italia* (2017) avsnitt 140, og Aall, 2011, s. 207

4.2.2 Vilkår for inngrep etter artikkel 8 nr. 2

4.2.2.1 Generelt

Foreldre og barn synes i utgangspunktet å ha en uavkortet rett til familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1. Det fremgår imidlertid av artikkel 8 nr. 2 at myndighetene kan gjøre inngrep på gitte vilkår. Formålet er å verne borgerne fra vilkårlige myndighetsinngrep.²⁰⁸

Det er klart at et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd utgjør et inngrep i retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Det innebærer at barnevernet bare kan fatte vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet dersom det er i samsvar med vilkårene i artikkel 8 nr.2.

4.2.2.2 Inngrepet må være “i samsvar med loven”

Det første vilkåret for inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 2, er at et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd må være ”i samsvar med loven”. En naturlig forståelse av ”i samsvar med loven” tilsier at inngrepet må ha hjemmel i formell lov.

EMD har imidlertid slått fast at uttrykket dekker ”... not only statute but also unwritten law”.²⁰⁹ Videre har EMD lagt til grunn at

“[a]s to the question whether the measure was in accordance with the law, the Court’s case-law has established that a measure must have some basis in domestic law, with the term “law” being understood in its “substantive” sense, not its “formal” one”.²¹⁰

Ut fra EMDs praksis må følgelig hjemmelsgrunnlaget være vesentlig forankret i nasjonal rett, men kan være både lovfestet og ulovfestet rett.

Videre har EMD innfortolket noen minimumskrav til hjemmelsgrunnlagets kvalitet,²¹¹ ved å kreve at det er ”... adequately accessible” og formulert med ”... sufficient precision”.²¹² Kravet til tilgjengelighet skal gjøre det mulig for borgerne å forutse sin rettsstilling, og kravet til presisjon skal sikre at konsekvensene av en gitt handling er forutsigbare.²¹³ De to

²⁰⁸ *A.K mot Latvia* (2014), avsnitt 84

²⁰⁹ *Sunday Times mot Storbritannia* (1979), avsnitt 47

²¹⁰ *Robathin mot Østerrike* (2012), avsnitt 40.

²¹¹ Fause, 2014, s. 51

²¹² *Sunday Times mot Storbritannia*, (1979), avsnitt 49 og Lorenzen mfl, 2011, s. 764

²¹³ *Sunday Times mot Storbritannia*, (1979), avsnitt 49 og *Silver mfl. mot Storbritannia* (1983) avsnitt 87-88

kvalitetskravene omtales også som kravet om lovskvalitet,²¹⁴ og jo større inngrep det er tale om, desto klarere må hjemmelen være.²¹⁵

Lovsbegrepet i EMK skal forstås likt gjennom hele konvensjonen,²¹⁶ og ivaretar slik hensynet til forutberegnelighet.²¹⁷ Videre forutsettes det ved lovskravet at det anførte rettsgrunnlaget hjemler det aktuelle inngrepet.²¹⁸

Hva gjelder forholdet mellom et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd og lovskravet i EMK, er det klart at et slikt vedtak er vesentlig forankret i nasjonal rett.

Videre er det et rettsstatlig prinsipp at en lov ikke kan ha tilbakevirkende kraft.²¹⁹ Det innebærer at dersom bestemmelsen skal anses å oppfylle konvensjonens krav til tilgjengelighet, må den ikke bare være vedtatt, men også kunngjort.²²⁰ Det er klart at barnevernloven § 4-6 andre ledd er kunngjort for borgerne,²²¹ og oppfyller dermed konvensjonens tilgjengelighetskrav.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om bestemmelsen er tilstrekkelig klar og presis.²²² Akuttplassering av barn etter barnevernloven § 4-6 andre ledd utgjør et stort inngrep i familielivet, noe som tilsier et strengt krav til hjemmelens klarhet.

I vurderingen av om vedtak skal iverksettes, stilles det som vilkår at barnet må bli ”vesentlig skadelidende” ved å forbli ”i hjemmet”.²²³ Hva som ligger i uttrykket ”vesentlig skadelidende”, synes å fremgå tilstrekkelig klart og presist.²²⁴

Hva gjelder ”i hjemmet”-vilkåret, tilsier ordlyden at bestemmelsen er i strid med EMK artikkel 3.²²⁵ Begrunnelsen for konvensjonsstriden synes imidlertid ikke å være en manglende klarhet og presisjon, men ha sin bakgrunn i at begrepet begrenser barns rett til beskyttelse i

²¹⁴ Lorenzen mfl, 2011, s. 764

²¹⁵ Aall, 2011, s. 108

²¹⁶ Aall, 2011, s. 104

²¹⁷ Aall, 2011, s. 106

²¹⁸ Fause, 2014, s. 50

²¹⁹ Grunnloven § 97 og Aall, 2011, s. 112 under henvisning til blant annet EMK artikkel 7

²²⁰ Aall, 2011, s. 117

²²¹ Oppedal, 2008, s. 123

²²² Jf. EMDs krav om at loven må være formulert med ”sufficient precision” i *Sunday Times mot Storbritannia* (1979) avsnitt 49

²²³ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

²²⁴ Se over i punkt 3.2.2.2

²²⁵ Se over i punkt 3.2.2.3

større grad enn det EMK gjør.²²⁶ Det må følgelig legges til grunn at selv om vilkåret er i strid med barns rett til beskyttelse, er vilkåret tilstrekkelig klart og presist formulert til å oppfylle konvensjonens lovskrav.

Vilkåret om at det må foreligge en ”fare”, åpner imidlertid for en mer skjønnsmessig helhetsvurdering av barnevernets behov for spillerom og hvor alvorlig skade det er fare for at barnet utsettes for. En slik helhetsvurdering kan medføre et uforutsigbart resultat, noe som kan tale for at bestemmelsen ikke er tilstrekkelig klar og presis. EMD synes imidlertid å ha akseptert at lovbestemmelser kan være skjønnsmessig utformet.²²⁷ Det stilles likevel krav til at rammen for helhetsvurderingen og hvordan den gjennomføres, er tilstrekkelig klar og presis ved juridisk bistand.²²⁸ Et vurderingsmoment som her gjør seg gjeldende, er i hvilken grad det er mulig å få overprøvd vedtaket.²²⁹

I *Johansen mot Norge* (1996) argumenterte klageren for at barnevernloven av 1953 § 11 var for vagt formulert, og derfor i strid med kravet til klarhet etter EMK artikkel 8 nr. 2.²³⁰ EMD var ikke enig i dette, og henviste til kommisjonens rapport som sa bestemmelsen ”... was rather broad in its terms but that it was impossible to formulate legal rules with absolute precision in this field”.²³¹ Uttalelsen forstås slik at EMD anså barnevernloven av 1953 § 11 som å være tilstrekkelig presist og klart formulert.²³² Barnevernloven av 1953 § 11 samsvarer i stor grad med dagens barnevernlov § 4-6 andre ledd.²³³ Dagens bestemmelse om akutt plassering av barn utenfor hjemmet er tilsynelatende mer presist formulert enn § 11 i barnevernloven av 1953. Dette tilsier at ettersom den mindre presise bestemmelsen ble ansett for å oppfylle lovkravet, må det antas at EMD også vil akseptere den nyere og mer presise bestemmelsen.²³⁴ Barnevernloven § 4-6 andre ledd synes dermed å være tilstrekkelig klar og presis.

Vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd oppfyller følgelig lovskravet etter EMK artikkel 8 nr. 2.

²²⁶ Se over i punkt 3.2.2.3

²²⁷ *Margareta og Roger Andersson mot Sverige* (1992), avsnitt 75, og Oppedal, 2008, s. 123.

²²⁸ Oppedal, 2008, s. 123

²²⁹ Oppedal, 2008 s. 123

²³⁰ *Johansen mot Norge* (1996) avsnitt 57-58, Kommisjonsrapport 17 januar 1995, avsnitt 78-81; *Johansen mot Norge* (1996), EMDs dom 07. August 1996, og Oppedal, 2008 s. 124,

²³¹ *Johansen mot Norge* (1996), avsnitt 58

²³² Oppedal, 2008, s. 124

²³³ se over i punkt 3.1

²³⁴ Oppedal, 2008, s. 124

4.2.2.3 Inngrepet må være formålmessig

I tillegg til å være i samsvar med lov, må inngrepet være formålmessig.²³⁵ Det vil si at inngrepet må være i samsvar med de formål som fremgår av EMK artikkel 8 nr. 2,²³⁶ som er en uttømmende liste.²³⁷

Formålet med barnevernets iverksettelse av tiltak, herunder akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, er å sikre at “barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”.²³⁸ Dersom et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er iverksatt på bakgrunn av dette formålet, vil det følgelig samsvare med konvensjonens formål om å ”beskytte [barnets] helse ... [og] andres rettigheter”.²³⁹ Vedtaket er da i tråd med de formål som følger av EMK artikkel 8 nr. 2, noe som også henter støtte i EMD sin praksis.²⁴⁰

Et vedtak om akuttplassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd er følgelig formålmessig.

4.2.2.4 Inngrepet må være “nødvendig i et demokratisk samfunn”

Det siste vilkåret for inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 2 er at det er “nødvendig i et demokratisk samfunn”.

En naturlig forståelse av ”nødvendig”, tilsier at inngrepet må være forholdsmessig. Det fremgår av *Handyside mot Storbritannia* (1976) at begrepet ” ... is not synonymous with indispensable ... neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" ... "useful" ... "reasonable" ... or "desirable"”.²⁴¹ Dette forstår jeg dithen at inngrepet ikke trenger å være absolutt nødvendig, men det må være mer enn bare nyttig og ønskelig.

Videre har EMD lagt til grunn at et inngrep er nødvendig hvor det ”... corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aimed

²³⁵ Se blant annet *Johansen mot Norge* (1996), avsnitt 60-61, *V. mot Slovenia* (2011), avsnitt 75, *Mircea Dumitrescu mot Romania* (2013) avsnitt 75

²³⁶ Fause, 2014, s. 54

²³⁷ Jacobs mfl., 2014, s. 314

²³⁸ Barnevernloven § 1-1 første strekpunkt

²³⁹ EMK artikkel 8 nr. 2

²⁴⁰ Oppedal, 2008, s. 164

²⁴¹ *Handyside mot Storbritannia* (1976), avsnitt 48

pursued”.²⁴² Nødvendighetsvurderingen synes altså å bero på en vurdering av to underliggende kumulative vilkår.²⁴³ For det første må inngrepet være i samsvar med et pressende sosialt behov, og for det andre må inngrepet ikke gå utover det som er nødvendig for å møte det pressende sosiale behovet.²⁴⁴

Det må dermed først vurderes om et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd vil være i samsvar med et pressende sosialt behov.

I denne vurderingen skal statens skjønnsmargin tas i betraktning,²⁴⁵ og denne skjønnsmarginen vil variere med ”... the nature of the issues and the importance of the interests at stake”.²⁴⁶ Når det gjelder tilsvarende vedtak som barnevernloven § 4-6 andre ledd gir hjemmel til, er statene imidlertid gitt en vid skjønnsmargin.²⁴⁷ Begrunnelsen for dette er at de nasjonale myndighetene i slike saker er i direkte kontakt med alle de involverte personene når tiltaket iverksettes, samt i etterkant av iverksettelse.²⁴⁸ Nasjonale myndigheter står følgelig nærmest til å foreta de konkrete vurderingene. EMD overprøver derfor bare om statene har gått utover sin skjønnsmargin i den enkelte sak.²⁴⁹

I saker hvor situasjonen tilsier at bruddet i familielivet blir mer permanent enn bare akuttvedtaket, foretar EMD en strengere kontroll av statenes skjønnsmargin.²⁵⁰ Terskelen for en slik overprøving synes imidlertid å være høy, da det nærmest må fremgå eksplisitt av akuttvedtaket at det siktes mot omsorgsovertakelse og adopsjon.²⁵¹

Et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, vil alltid være svært inngripende i familielivet, noe som tilsier at vilkårlig bruk av bestemmelsen i størst mulig grad må unngås. På bakgrunn av dette, prøver EMD kvaliteten på slike akuttvedtak.²⁵² Det vil si at EMD overprøver om staten har tilstrekkelige og relevante grunner til å rettferdiggjøre en borttakelse av barnet, samt i hvilken muligheter foreldrene har hatt til å medvirke til tiltaket.²⁵³ Dette

²⁴² *Olsson mot Sverige I* (1988) avsnitt 67

²⁴³ Aall, 2011, s. 142

²⁴⁴ Jacobs mfl., 2014, s. 325

²⁴⁵ *Yefimenko mot Russland* (2013), avsnitt 142 og Fause, 2014, s. 55

²⁴⁶ *T.P og K.M mot Storbritannia* (2001), avsnitt 71

²⁴⁷ *T.P og K.M mot Storbritannia* (2001), avsnitt 71, *V. mot Slovenia* (2011), avsnitt 82, se også Jacobs, mfl., 2014, s. 331

²⁴⁸ *Haase mot Tyskland* (2004) avsnitt 89

²⁴⁹ *Haase mot Tyskland* (2004) avsnitt 89

²⁵⁰ Oppedal, 2008, s. 178

²⁵¹ Oppedal, 2008, s. 178-179

²⁵² Jacobs mfl., 2014, s. 331

²⁵³ *Yefimenko mot Russland* (2013), avsnitt 142, og Jacobs, mfl., 2014, s. 331

medfører at de nasjonale myndighetene blant annet må kunne vise til at mindre inngripende tiltak har vært forsøkt, og at det må vurderes hvilket inntrykk et inngrep vil ha på både foreldre og barn.²⁵⁴ EMDs overprøvelse skjer i lys av saken som helhet.²⁵⁵

Hva gjelder foreldrenes rett til medvirkning, kommer dette på spissen i *K og T mot Finland* (2001).²⁵⁶ Saken gjaldt akutt plassering av barn grunnet blant annet morens ustabile psykiske helse. EMD uttalte at det å konsultere foreldrene i noen akuttsituasjoner ikke vil være ønskelig fordi "... those having custody of the child are seen as the source of an immediate threat to the child", og en konsultasjon vil ha negativ virkning på tiltakets effekt.²⁵⁷ Kravet om at foreldrene skal få medvirke til tiltaket, kan følgelig fravikes i noen akuttsituasjoner. Forutsetningene i slike situasjoner, er imidlertid at de nasjonale myndighetene kan rettferdiggjøre den unnlatte konsultasjonen.²⁵⁸ En slik rettferdiggjøringsgrunn kan være å påvise at barnet var i en situasjon hvor det var i åpenbar fare,²⁵⁹ som for eksempel hvor det er mistanke om at barnet blir utsatt for seksuelle overgrep.²⁶⁰

Hvorvidt staten har relevante grunner for å rettferdiggjøre et akuttvedtak, må vurderes konkret i den enkelte sak. Her kan det stilles spørsmål ved om arten av skade det er fare for at barnet bli utsatt for, vil ha betydning for om det foreligger et pressende sosialt behov.

I tilfeller hvor det er mistanke om at barnet blir utsatt for fysisk mishandling, synes EMD å legge til grunn at mistanken i seg selv utgjør et pressende sosialt behov for akutt plassering av barnet.²⁶¹ Det samme synes å gjelde hvor det er mistanke om seksuelle overgrep.²⁶² Hvor barnet har vært utsatt for fare over lengre tid, stiller imidlertid EMD som vilkår at foreldrene eller andre omsorgspersoner skal konsulteres før det anses å foreligge et pressende sosialt behov.²⁶³

Isolert sett kan det virke urimelig at en mistanke om fysisk mishandling i det ene tilfelle kan være tilstrekkelig for iverksettelse av akuttvedtak, men at foreldrene må varsles før

²⁵⁴ *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 90

²⁵⁵ Sandberg, 2003, s. 153

²⁵⁶ Oppedal, 2008, s. 173

²⁵⁷ *K og T mot Finland* (2001), avsnitt 166

²⁵⁸ *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 95

²⁵⁹ *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 99

²⁶⁰ *K.A mot Finland* (2003), avsnitt 112

²⁶¹ Oppedal, 2008, s. 157 og *Gnahoré mot Frankrike* (2000), avsnitt 56

²⁶² *K.A mot Finland* (2003), avsnitt 92-115

²⁶³ Oppedal, 2008, s. 157 og *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 99

iverksettelse av tiltak hvor barnet faktisk har vært utsatt for fare over lengre tid.²⁶⁴ En mulig forklaring på dette, kan likevel trolig gis ved å se nærmere på to av sakene.²⁶⁵

I *Gnahoré mot Frankrike* (2000) ble det fattet akuttvedtak på bakgrunn av en mistanke om at barnet var utsatt for fysisk mishandling,²⁶⁶ og i *Haase mot Tyskland* (2004) var vedtaket begrunnet med en for streng oppdragelse av syv søsken.²⁶⁷ Oppedal mener at den ulike alvorlighetsgraden av skadene barna i de to sakene ble utsatt for, kan være grunnen til at mistanke i den ene saken ble ansett som tilstrekkelig til å utgjøre et pressende sosialt behov, mens det ved langvarig fare ble krevd at foreldrene ble varslet før tiltak ble iverksatt.²⁶⁸

Forutsatt at det er tilfellet, synes terskelen for når et inngrep anses å være et pressende sosialt behov å variere med hvor alvorlig skade det er fare for at barnet blir utsatt for. Vurderingen av hvorvidt staten har relevante grunner som rettferdiggjør akuttvedtaket, vil følgelig bero på en konkret vurdering av skadens art i den enkelte sak.

Et vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd vil dermed være begrunnet i et pressende sosialt behov dersom staten kan vise til at mindre inngripende tiltak har vært forsøkt, inngrepets inntrykk for foreldre og barn er vurdert, foreldrene har fått medvirke til akuttvedtaket, eller staten har begrunnet hvorfor slik konsultasjon er unnlatt, og skadens art er av en slik grad at den rettferdiggjør et slikt vedtak.

Til slutt stilles det krav til at det legitime formålet som inngrepet forsøker å realisere, skal stå i rimelig forhold til inngrepets styrke.²⁶⁹ Det innebærer at inngrepet ikke må gå utover det som er nødvendig for å møte det pressende sosiale behovet.²⁷⁰ I denne forholdsmessighetsvurderingen, er det sentralt å avveie inngrepets styrke opp mot de interessene som taler for inngrep.²⁷¹

Det er klart at et vedtak om akuttplassering av barn utenfor hjemmet utgjør et stort inngrep i foreldrenes interesser i retten til familieliv, noe som tilsier at terskelen for at vedtaket skal kunne anses å være forholdsmessig er høy.

²⁶⁴ Oppedal, 2008, s. 157

²⁶⁵ Oppedal, 2008, s. 157

²⁶⁶ *Gnahoré mot Frankrike* (2000), avsnitt 9-12 og 56

²⁶⁷ *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 12 og Oppedal, 2008, s. 157

²⁶⁸ Oppedal, 2008, s. 157

²⁶⁹ Lorenzen mfl., 2011, s. 766

²⁷⁰ Jacobs mfl., 2014, s. 325

²⁷¹ Aall, 2011, s. 143

Når det kommer til interessene som taler for inngrep, synes EMD å skille mellom barnets behov for beskyttelse og selve akuttvedtaket.²⁷² Dette fremgår av blant annet *P, C og J mot Storbritannia* (2002), som gjaldt en klage på et akuttvedtak fattet på bakgrunn av mistanke om seksuelle overgrep av et barn på 4,5 år. I dommen synes EMD å gi staten vid skjønnsmargin vedrørende barnets beskyttelsesbehov,²⁷³ men kritiserte samtidig myndighetene for ikke mer aktivt ha utforsket og vurdert mindre inngripende alternative måter å beskytte barnet på.²⁷⁴

Kritikken fra EMD forstår jeg slik at hensynet til det minste inngreps prinsipp er et relevant hensyn i forholdsmessighetsvurderingen av tiltaket. Dette i form av at mindre inngripende måter å beskytte barnet på skal vurderes før et akuttvedtak iverksettes. Hensynet kan komme i et spenningsforhold til behovet for rask saksbehandling i slike akuttsaker, og det kan følgelig være nødvendig å foreta en vurdering av hvilken risiko en lengre saksbehandling vil innebære for det konkrete barnet.

Som nevnt over, har staten en vid skjønnsmargin når det gjelder vurderingen av barnets beskyttelsesbehov. Det må likevel foretas en konkret vurdering av om staten har gått utover denne skjønnsmarginen i den enkelte sak. I denne forholdsmessighetsvurderingen vil ulike hensyn gjøre seg gjeldende ut fra omstendighetene i den konkrete saken.²⁷⁵

Hensynet til barnets mentale og fysiske helse vil være et relevant hensyn i de fleste saker,²⁷⁶ og synes å tilsi at det må foretas en vurdering av hvilken risiko det er for barnet vil bli skadelidende ved å forbli i hjemmet, opp mot ulempene ved å ta barnet ut av hjemmet. Et annet relevant hensyn kan være hensynet til andre rettigheter og friheter.²⁷⁷ Eksempelvis synes EMD å legge stor vekt på foreldrenes rett til å medvirke før iverksettelse av akuttvedtak i de tilfellene hvor slik konsultasjon er mulig.²⁷⁸

²⁷² Oppedal, 2008, s. 183

²⁷³ Oppedal, 2008, s. 166

²⁷⁴ Oppedal, 2008, s. 183

²⁷⁵ *Y.C mot Storbritannia* (2012), avsnitt 135

²⁷⁶ Lorenzen mfl., 2011, s. 767-768

²⁷⁷ Lorenzen mfl., 2011, s. 767-768

²⁷⁸ *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 99

Det følger likevel av EMDs praksis at det avgjørende ved vurderingen, er hensynet til barnets beste.²⁷⁹ Avhengig av hvor alvorlig situasjonen er for barnet, vil barnets interesser dermed ha større vekt enn foreldrenes interesser.

Hva som vil være i barnets interesser, vil variere fra sak til sak. EMD legger likevel til grunn at det er særlig to momenter som må tas i betraktning. For det første må det tas hensyn til at "... it is in the child's best interests that his ties with his family be maintained except in cases where the family has proven particularly unfit".²⁸⁰ For det andre må det tas i betraktning at "... it is in the child's best interests to ensure his development in a safe and secure environment".²⁸¹

I vurderingen av barnets beste synes EMD å legge til grunn at jo farligere den akutte faren fremstår å være for barnet, desto mindre skal til for at akuttvedtak blir iverksatt på tross av foreldrenes interesser.²⁸² Med andre ord vil foreldrenes interesser ha liten vekt i saker hvor det eksempelvis er mistanke om at barnets liv står i fare. I tilfeller hvor foreldrenes interesser står særlig sterkt, synes samtidig EMD å skjerpe farekravet.²⁸³

Hvor det er klart at barnet har behov for beskyttelse, kan også plasseringsalternativene virke inn på vurderingen av hvilke interesser som er til det beste for barnet.²⁸⁴ Barnets mulighet til fortsatt kontakt med venner og familie kan til en viss grad avhjelpe de ulempene en adskillelse fra foreldrene vil ha for barnet, men dette bare dersom kontakten ikke er skadelig for barnet.²⁸⁵

Det konkrete innholdet i vurderingen av et akuttvedtaks forholdsmessighet vil følgelig variere fra én sak til en annen. Likevel synes det å være felles for alle sakene at hensynet til barnets beste skal være styrende ved vurderingen, noe som også samsvarer med anvendelsen av hensynet til barnets beste i barnevernloven § 4-6 andre ledd.

²⁷⁹ *T.P og K.M mot Storbritannia* (2001), avsnitt 70 og *Haase mot Tyskland* (2004), avsnitt 89

²⁸⁰ *Y.C mot Storbritannia* (2012), avsnitt 134

²⁸¹ *Y.C mot Storbritannia* (2012), avsnitt 134

²⁸² Oppedal, 2008, s. 186

²⁸³ *K og T mot Finland* (2001) avsnitt 166-168 og Oppedal, 2008, s. 186

²⁸⁴ Oppedal, 2008, s. 176

²⁸⁵ Oppedal, 2008, s. 176

4.2.2.5 Forholdsmessighetsvilkår og barnevernloven § 4-6 andre ledd

Et spørsmål som reiser seg er om mangelen på et uttrykkelig forholdsmessighetsvilkår i barnevernloven § 4-6 andre ledd,²⁸⁶ medfører at bestemmelsen er i strid med EMK artikkel 8.

Som nevnt over, synes et krav om forholdsmessighet å være operasjonalisert av lovgiver i barnevernloven § 4-6 andre ledd. Dette innebærer at barnevernet ut fra en helhetsvurdering må vurdere om foreldrene rammes urimelig hardt av akutt plasseringen etter barnevernloven § 4-6 andre ledd. Vurderingen innebærer en avveining av ulike relevante hensyn og hvor hensynet til barnets beste er styrende.²⁸⁷

I EMK artikkel 8 nr. 2 knytter forholdsmessighetsvurderingen seg til hvorvidt barnevernet i den konkrete situasjonen har grepet inn på en måte som er i samsvar med konvensjonspraksisen.²⁸⁸ Dette innebærer en toleddet vurdering av barnets behov for beskyttelse og tiltaket i seg selv. I vurderingen av tiltaket er det minste inngreps prinsipp sentralt, og i vurderingen av barnets behov for beskyttelse foretas det en avveining av ulike hensyn med barnets beste som avgjørende faktor. Konvensjonens forholdsmessighetsvurdering synes slik å inneholde noen like og noen ulike vurderingsmomenter, samt bero på en ulik totalbedømmelse sammenlignet med den forholdsmessighetsvurderingen ordlyden i barnevernloven § 4-6 andre ledd gir indirekte anvisning på.

Ettersom EMK ved motstrid er gitt forrang, må den forholdsmessighetsvurderingen barnevernet foretar etter barnevernloven § 4-6 andre ledd være i samsvar med de krav som følger av konvensjonspraksis. Dette innebærer at det handlingsrommet barnevernet har etter norsk lov blir snevrere enn det som følger av ordlyden i barnevernloven § 4-6 andre ledd, og forholdet til EMK artikkel 8 kommer slik på spissen.

Samtidig synes det ut fra konvensjonspraksis ikke å være avgjørende om forholdsmessighet er et uttrykkelig vilkår i hjemmelsgrunnlaget eller om det fremgår indirekte av ordlyden. Mangelen på et uttrykkelig forholdsmessighetsvilkår i barnevernloven § 4-6 andre ledd, medfører dermed ikke at bestemmelsen er i strid med EMK artikkel 8.

²⁸⁶ se over i punkt 3.2.3.1

²⁸⁷ se over i punkt 3.2.3.1

²⁸⁸ se over i punkt 4.2.2.4, *K.A. mot Finland* (2003), avsnitt 96-115, og *H.K. mot Finland* (2006), avsnitt 113-121.

5 Avslutning

5.1 Konklusjon

Gjennom oppgaven går det frem at inngrepshjemmelen i barnevernloven § 4-6 andre ledd harmonerer godt med retten til familieliv etter EMK.

Vilkåret om at barnet må forbli ”i hjemmet”,²⁸⁹ gjør imidlertid bestemmelsen for snever til å gi den beskyttelsen som barn har krav på etter EMK artikkel 3. Dette medfører at bestemmelsen slik den i dag er utformet, er i strid med konvensjonen.

Den overordnede problemstillingen knytter seg likevel til EMK artikkel 8. Selv om et vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet ikke er i strid med konvensjonen, kommer forholdet mellom EMK artikkel 8 og barnevernloven § 4-6 andre ledd på spissen når det gjelder kravet til forholdsmessighet. Dette ved at konvensjonspraksis legger til grunn et snevrere handlingsrom for barnevernet enn det som i utgangspunktet følger av ordlyden i den norske bestemmelsen.

Konklusjonen er at et vedtak om akutt plassering av barn utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 andre ledd ikke er i strid med retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

5.2 Behov for styrket rettssikkerhet?

Vedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd brukes ofte,²⁹⁰ og i lys av den internasjonale granskningen av det norske barnevernet, kan det synes å være behov for å styrke foreldre og barns rettssikkerhet rundt tiltakshjemlene. I tilknytning til barnevernloven § 4-6 andre ledd, kan ytterligere bevisstgjøring rundt forholdsmessighetsvurderingens innhold innad i barnevernet styrke rettssikkerheten.

En annen måte å styrke rettssikkerheten på, kan være å stille strengere krav til barnevernets sannsynliggjørelse av den faren barnet muligens befinner seg i. Samtidig kan en slik endring innebære at barn som befinner seg i en akuttsituasjon som krever raske tiltak ikke får hjelp i

²⁸⁹ Barnevernloven § 4-6 andre ledd

²⁹⁰ Lindboe, 2011, s. 48 og Lindboe, 2012, s. 153

tide. Ettersom bakgrunnen til akuttvedtak nettopp er å beskytte barn som trenger hjelp raskere enn normal saksbehandling gir muligheten til,²⁹¹ kan et strengere krav til sannsynliggjøring av faren undergrave vedtakets funksjon som nettopp et akutt vedtak.

En tredje måte kan være å stille krav til at hjelpetiltak i hjemmet skal være forsøkt før akuttvedtak iverksettes i større grad enn det gjøres i dag. Et slikt krav vil imidlertid måtte være relativt i forhold til hvilken art av skade det er fare for at barnet blir utsatt for. Her kan kanskje den foreslåtte lovfestelsen av det minste inngreps prinsipp også bidra til økt rettssikkerhet.²⁹²

Fordi alle vedtak om akuttplassering av barn utenfor hjemmet knytter seg til ulike saksforhold, er det vanskelig å finne én løsning som generelt kan øke rettssikkerheten til både barn og foreldre. Saksomfanget av saker som i dag er kommunisert av EMD overfor Norge kan likevel tilsi at det er et alvorlig behov for å styrke rettssikkerheten.

5.3 Et blikk på utviklingen fremover

Hvordan veien blir fremover er vanskelig å si med sikkerhet. Utfallet av sakene som skal overprøves av EMD kan trolig få en innvirkning på forståelsen av barnevernloven. Det er for meg imidlertid uklart om noen av disse sakene gjelder nettopp akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 andre ledd. EMDs praksis er likevel i stadig utvikling, og vil uansett få innvirkning på innholdet også i barnevernloven § 4-6 andre ledd.

Forslaget til ny barnevernlov kan også gi en pekepinn på hvordan lovgiver ser for seg veien videre. Dersom forslaget vedtas slik det er foreslått i NOU 2016:16, vil i alle fall barnevernloven § 4-6 andre ledd i fremtiden beskytte barn uavhengig av om de befinner seg i hjemmet eller ikke.²⁹³

²⁹¹ NOU 2016:16, s. 169-170

²⁹² Se over i punkt 3.2.3.2

²⁹³ Se over i punkt. 3.2.2.3

Litteraturliste

Litteratur

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, (Bergen 2011)

Aasen, Henriette Sindig, ”Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, (2008) s. 3-26

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett Bind I*, 2. utgave, (Bergen 2010)

Berntzrud, Connie, ”Åtte barnevernsaker i Strasbourg: - Et ekstremt alvorlig varsel til Norge”, Tv2 nettversjon, (2017), [sitert 11.05.2017], <http://www.tv2.no/a/8928710/>

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. Utgave, (Oslo 2014)

Emberland, Marius, ”Det norske barnevernet under lupen”, *Lov og Rett*, nr. 6, (2016), s. 329-330

Fause, Anett Beatrix Osnes, ”Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves polisiær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1”, *Tidsskrift for strafferett*, (2014), s. 46-60

Havre, Merete, ”Kommentar til Barnevernloven”, Norsk Lovkommentar nettversjon, (2015), [sitert 08.05.2017], <https://min.retsdata.no/#/Dokument/gL19920717z2D100z2EzA74z2D18?noteid=gN19920717z2D100z2E197>

Høgberg, Alf Petter og Njål Høstmælingen, ”Grunnlovsfesting av retten til privatliv?”, *Jussens Venner*, (2010), s. 98-146

Jacobs, Francis G., mfl., *The European Convention on Human Rights*, 6. utgave, (Oxford 2014)

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I, Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5. utgave, (Oslo 2015)

- Köhler-Olsen, Julia, ”Kommentar til Barnevernloven”, Norsk Lovkommentar nettversjon, (2015), [sitert 10.05.2017],
<https://min.rechtsdata.no/#/Dokument/gL19920717z2D100z2EzA74z2D1?noteid=gN19920717z2D100z2E197,gN19920717z2D100z2E76,gN19920717z2D100z2E116>
- Lindboe, Knut, *Barnevernloven*, 7.utgave (Oslo 2011)
- Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. Utgave, (Oslo 2012)
- Lorenzen, Peer, mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art.1-9*, 3. Utgave, (København 2011)
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave (Bergen 2004)
- Mæland, Henry John, *Kort prosess, En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, (Bergen 2013)
- Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentar*, 6. Utgave, (Oslo 2015)
- Oppedal, Mons, *Akutthjemler i barnevernloven*, (Oslo 2008)
- Sandberg, Kristen, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, (Oslo 2003)
- Sandberg, Kristen, ”Kommentar til Barneoven”, Norsk Lovkommentar nettversjon, (2017), [sitert 08.05.2017],
<https://min.rechtsdata.no/#/Dokument/gL19810408z2D7z2EzA734?directHit=1&dq=barneloven¬eid=gN19810408z2D7z2E84>
- Schei, Tore, mfl., *Tvisteloven Kommentirutgave Bind I*, 2.utgave, (Oslo 2013)
- Skoghøy, Jens Edvind A., *Tvisteløsning*, 3.utgave, (Oslo 2017)
- Søvig, Karl Harald (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, (Bergen 2015)
- Søvig, Karl Harald, ”Avgjørelser fra EMD i saker om vern av privat- og familieliv fra 2015”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnerettslige spørsmål*, (2016), s. 232-263

Norske lover

Barnevernloven

Forvaltningsloven

Grunnloven

Menneskerettsloven

Twisteloven

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon

Forarbeider

NOU 2000:12 Barnevernet i Norge. Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer

NOU 2016:16 Ny barnevernlov: Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

Innst. O. nr.80. (1991-1992) Melding fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettloven)

Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Praksis fra norsk Høyesterett

Rt.1982.764

Rt.1984.289

Rt.1995.209

Rt.1997.580

Rt.2000.996

Rt.2001.14

Rt.2002.557

Rt.2002.875

Rt.2006.1308

Rt.2007.561

Rt.2011.304

Rt.2011.377

Rt.2011.1666

Rt.2012.1832

Rt.2013.59

Rt.2015.93

HR-2017-253-U

Praksis fra norsk Lagmannsrett

Agder Lagmannsrett, dom avsagt 22.12.2016, saksnr. 16-194431ASD-ALAG

LB-2016-111749

Praksis fra norsk Tingrett

TGJOV-2015-97245

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Handyside mot Storbritannia, dom avsagt 07.12.1976

Sunday Times mot Storbritannia, dom avsagt 26.04.1979

Marckx mot Belgia, dom avsagt 13.06.1979

Silver mfl. mot Storbritannia, dom avsagt 25.03.1983

Olsson mot Sverige I, dom avsagt 24.03.1988

Margareta og Roger Andersson mot Sverige, dom avsagt 25.02.1992

Johansen mot Norge, dom avsagt, 07.08.1996

A mot Storbritannia, dom avsagt 23.09.1998

Gnahoré mot Frankrike, dom avsagt 19.09.2000

T.P. og K.M. mot Storbritannia, dom avsagt 10.05.2001

K. og T. mot Finland, dom avsagt 12.07.2001

K.A. mot Finland, dom avsagt 14.01.2003

Haase mot Tyskland, dom avsagt 08.04.2004

H.K. mot Finland, dom avsagt 26.09.2006

V. mot Slovenia, dom avsagt 01.12.2011

Y.C. mot Storbritannia, dom avsagt 13.03.2012

Robathin mot Østerrike, dom avsagt 03.07. 2012

Yefimenko mot Russland, dom avsagt 12.02.2013

Mircea Dumitrescu mot Romania, dom avsagt 30.07.2013

A.K. mot Latvia, dom avsagt 24.06.2014

Jovanovic mot Sverige, dom avsagt 22.10.2015

Paradiso og Campanelli mot Italia, dom avsagt 24.01.2017

Kommisjonsrapport fra Den europeiske menneskerettsdomstol

Kommisjonsrapport 17 januar 1995; *Johansen mot Norge* (1996), EMDs dom 07. August 1996.